



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Yves Mayaud

2010

L'histoire et le droit pénal

Marion Le Lorrain

Sous la direction d'Yves Mayaud

**UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II
MASTER II DROIT PENAL ET SCIENCES PENALES
ANNEE UNIVERSITAIRE 2009/2010**

L'HISTOIRE ET LE DROIT PENAL

Mémoire réalisé sous la direction de Monsieur le Professeur Yves Mayaud

Marion Le Lorrain

Je remercie Monsieur le Professeur Yves Mayaud pour sa grande disponibilité et ses précieux conseils tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

SOMMAIRE

PARTIE 1. L'ASSIMILATION PAR LE DROIT PENAL DE FAITS HISTORIQUES

Chapitre 1. L'assimilation législative de faits historiques

Chapitre 2. L'assimilation judiciaire de faits historiques

PARTIE 2. LA CREATION PAR LE DROIT PENAL D'UNE VERITE HISTORIQUE

Chapitre 1. L'instrumentalisation du droit pénal au profit de la mémoire

Chapitre 2. L'instrumentalisation du droit pénal en conflit avec la liberté d'expression

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

anc.	Ancien
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
c/	Contre
C.	Code
C. civ	Code civil
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chap.	Chapitre
C. pén.	Code pénal
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Décr.	Décret
Dr. Pén.	Droit pénal
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
J.	Jurisprudence
JCP	Juris-Classeur périodique (semaine juridique), édition générale.
JORF	Journal Officiel de la République Française
L.	Loi
n°	Numéro
Nouv.	Nouveau
obs.	Observations
op. cit.	Œuvre citée
ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
rapp.	Rapport
Rép. Pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Dalloz)
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil Dalloz
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
s.	Et suivants
Somm.	Sommaires
supra	Ci-dessus
TA	Tribunal administratif
T. Corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir

« Il faut éclairer l’histoire par les lois et les lois par l’histoire. »
Montesquieu, *De l’esprit des lois*, 1748

INTRODUCTION

Si Montesquieu note dans *De l'esprit des lois* qu'il « faut éclairer les lois par l'histoire et l'histoire par les lois », c'est bien que les disciplines juridique et historique sont intimement liées. L'élaboration du droit ne se conçoit en effet qu'en considération du passé : la norme juridique est toujours créée à partir de constats empiriques témoignant d'une anomalie qu'il convient de corriger. Plus particulièrement, le droit pénal, en tant qu'il vise à prévenir et sanctionner les états dangereux, est nécessairement inspiré par l'histoire qui lui offre des exemples de comportements potentiellement néfastes pour la société.

Il n'en demeure pas moins qu'associer histoire et droit pénal semble surprenant tant les relations entre les deux disciplines semblent se limiter à ce constat d'évidence.

Pourtant, les rapprochements entre les deux notions sont nombreux ; pour le comprendre, il faut en passer par une tentative de définition de l'histoire (section 1), définition qui devrait permettre de délimiter le cadre dans lequel le droit pénal est amené à en connaître (section 2).

SECTION 1. LA DEFINITION DE L'HISTOIRE

L'histoire n'est pas une notion monolithique, en ceci qu'elle renvoie à deux idées principales qu'il convient de bien distinguer. L'histoire est en effet définie par le Petit Larousse comme, d'une part, la « relation des faits, des événements passés concernant la vie (de l'humanité, d'une société, d'une personne) » et, d'autre part, comme l'« étude et (la) science des événements passés, d'une évolution ». Plus précisément, cela signifie que l'histoire désigne tant la succession des événements passés que le discours qui en est issu, c'est-à-dire la relation de ces faits. Car étymologiquement, la notion même d'histoire renvoie à la narration, le verbe grec *historein* signifiant « chercher à savoir », « raconter ». Si la langue française ne rend pas compte de cette dualité de significations, il en va en revanche différemment dans certaines langues étrangères. A titre d'exemple, Paul Ricœur souligne la distinction en allemand entre le devenir de l'humanité et le discours relatif à ce devenir : « l'Histoire que nous écrivons,

l'histoire rétrospective (*die Historie*), est rendue possible par l'Histoire qui s'est faite (*die Geschichte*) »¹.

L'histoire peut également être entendue comme un synonyme du terme « récit » ; il s'agit alors de la relation d'un événement ponctuel, réel ou fictif. L'histoire peut d'ailleurs être mensongère, il peut s'agir d'un récit destiné à tromper (comme en témoigne l'expression « raconter des histoires »). Cette acception peut être prise en compte par le droit pénal, celui-ci prévoyant des sanctions visant à réprimer certains types de mensonges ; mais ce n'est pas la signification du terme « histoire » qui sera retenue dans le présent développement.

L'histoire et le droit pénal se rencontrent en effet essentiellement au regard des deux premières significations identifiées : si le droit pénal, par son effet dissuasif, a une vocation préventive, il vise également à sanctionner des comportements qui, par hypothèse, relèvent du passé. Il n'est pas question en effet de sanctionner par anticipation, la répression ne pouvant s'attacher qu'à une infraction consommée.

A première vue, le droit pénal semble donc surtout devoir connaître de l'histoire au sens de la *Geschichte* allemande, c'est-à-dire des événements appartenant au passé. Dans cette acception, la considération temporelle est cruciale : le droit pénal n'a pas vocation à revenir éternellement sur le passé, et l'écoulement du temps fait généralement obstacle à la répression. Mais dans certains cas, le droit pénal opère un retour en arrière, prenant en considération des faits dont l'ancienneté aurait pu laisser penser qu'ils échapperaient à l'appréhension du droit pénal.

Au sens du droit pénal, quels sont donc les faits qui appartiennent à cette histoire qui peut être qualifiée d'« événementielle » ? Il n'est pas à cette question de réponse uniforme, l'étude croisée des dispositions pénales ne permettant pas de dégager un seuil à partir duquel un fait peut être classé au rang de l'histoire. Différents mécanismes peuvent néanmoins être pris en compte : on peut ainsi penser que lorsque la prescription de l'action publique est acquise, une infraction doit être considérée comme relevant de l'histoire. Plus donc une infraction est grave, plus elle est longue à entrer dans le domaine du révolu, et donc de l'impuni. Il est également possible de se référer à des dispositions plus particulières, comme les textes relatifs à la diffamation qui prévoient, nous le verrons, que l'écoulement de dix années ou plus s'oppose à ce que le prévenu auteur des propos diffamatoires ne rapporte la preuve de la vérité de ses imputations².

¹ P. RICOEUR, *Histoire et vérité*, Seuil, 1955.

² Art. 35 loi du 29 juil. 1881.

Mais l'histoire est avant tout le discours portant sur la succession des événements ; l'histoire est le récit des faits passés. A l'origine, l'histoire a en effet pour but de raviver le souvenir du passé : ainsi Hérodote débute-t-il son récit intitulé *Histoires* par les propos suivants : « Hérodote d'Halicarnasse présente ici les résultats de son Enquête afin que le temps n'abolisse pas le souvenir des actions des hommes et que les grands exploits accomplis soit par les Grecs, soit par les Barbares, ne tombent pas dans l'oubli ». L'œuvre d'Hérodote, surnommé le « père de l'Histoire » par Cicéron³, a donc essentiellement une vocation mémorialiste. Il s'agit par l'histoire de garantir la pérennité des événements passés, de faire œuvre de mémoire.

Il faut alors s'interroger sur les faits « mémorables », et qui méritent à ce titre d'entrer dans l'histoire. A l'origine, l'histoire se réduisait à sa dimension politique : elle traitait essentiellement des guerres, des traités et des héros. Car en effet, ce qui est mémorable, ce sont les faits admirables, dont l'exemplarité doit être une source d'inspiration pour chacun. La vocation première de l'histoire est donc apologétique, la rigueur factuelle passant au second plan. De ce point de vue, la considération temporelle n'est pas prédominante : un fait récent peut entrer immédiatement dans l'histoire par son caractère mémorable, tandis qu'un fait plus lointain sera ignoré de l'histoire du fait de son insignifiance.

Dans cette acception, l'histoire a été vue par les positivistes comme une science, au même titre que les mathématiques ou la physique⁴. Il semble plus pertinent de la concevoir comme la « connaissance du passé humain », à l'instar d'Henri-Irénée Marrou dans *De la connaissance historique*. Il écrit en effet que « l'histoire est la relation, la conjonction établie par l'initiative de l'historien entre deux plans de l'humanité, le passé vécu par les hommes d'autrefois, le présent où se développe l'effort de récupération de ce passé au profit de l'homme et des hommes d'après ». L'histoire est donc éminemment subjective, puisqu'elle dépend de la façon dont chaque historien appréhende le passé pour en tirer une certaine vérité. Pour Serge Carfantan, l'histoire est « une représentation qui met en relation les valeurs des hommes du présent d'aujourd'hui et le passé vécu par les hommes d'autrefois et ses valeurs »⁵. L'histoire ne peut être objective, puisque face à la multiplicité et aux désordres des faits passés, l'historien n'a pas d'autre solution que d'opérer des choix, de créer des relations entre les événements pour dégager un récit illustrant les valeurs et les intentions du passé.

³ Cicéron, *De Legibus*, I, 1.

⁴ V. S. CARFANTAN, *Philosophie et spiritualité*, 2002 (<http://sergecar.perso.neuf.fr/>).

⁵ S. CARFANTAN, *Philosophie et spiritualité* préc.

Si l'historien peut donc, nous l'avons dit, être amené à traiter de faits récents, il convient cependant de remarquer que plus les événements sont éloignés temporellement, plus il lui est aisé d'en traiter en raison du recul dont il bénéficie. D'ailleurs, avec l'écoulement du temps, l'histoire se réécrit, les réinterprétations se multiplient et s'affinent ; l'histoire n'est jamais définitive.

Dans cette optique également, le droit pénal peut être amené à intervenir, et ce à plusieurs titres. Il ne se contente pas d'assimiler les faits passés, il connaît également du discours qui en est issu par un encadrement de l'histoire subjective.

L'histoire, on le voit, renvoie donc à deux réalités : à la succession des faits passés en eux même, mais également au discours tiré – par l'historien notamment – de cette chronologie. Dès lors, il convient de voir dans quel contexte le droit pénal peut être amené à connaître de l'histoire telle qu'elle vient d'être définie.

SECTION 2. LE RECOURS AU DROIT PENAL EN MATIERE HISTORIQUE

Il faut tout d'abord bien remarquer que l'histoire, en tant que connaissance du passé, nécessite d'être « digérée » : « digérer le passé, c'est le dissoudre dans un élan vital. C'est faire de ce passé, non ce poids qui résiste à l'estomac et qui fait si mal, mais l'aliment du présent dont la consommation est la source des forces qui donnent au vivant le pouvoir d'agir »⁶. Avant même de créer ce discours sur le passé que nous venons d'évoquer, avant même la conceptualisation de ce récit permettant de reconstituer la cohérence et la chronologie des événements passés, il convient d'accepter le passé, de se l'approprier afin de mieux comprendre le présent.

L'histoire doit donc trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité de lutter contre l'oubli du passé et, d'autre part, l'utilisation de ce passé comme précédent permettant à l'homme d'avancer. L'homme doit se nourrir du passé, en tirer les leçons, mais il ne doit pas non plus être paralysé par lui. En rapport avec le droit pénal, c'est donc la question de la connaissance du passé qui se pose, et de son assimilation : comment le droit pénal procède-t-il pour « digérer » un passé parfois extrêmement douloureux ? Comment les faits passés sont-ils

⁶ E. COBAST, *Petites leçons de culture générale*, coll. Major, PUF, 2007, 6^{ème} éd.

appréhendés par le droit pénal : lui appartient-il d'en connaître, ou doit-il au contraire les ignorer ?

Mais surtout, nous l'avons dit, la vocation première de l'histoire est la lutte contre l'oubli des événements passés. Dans la mythologie grecque, Clio, la muse de l'histoire, est d'ailleurs la fille de Mnémosyne, déesse de la mémoire. L'histoire permet d'éviter que l'écoulement du temps ne fasse disparaître le souvenir du passé.

Or, pour lutter contre l'oubli, l'historien est amené, cela a été dit, à créer un récit des événements, afin d'en retracer la cohérence. Pour l'historien Jean Favier, « L'Histoire, avant tout, constitue un récit puis une analyse, une reconstruction du passé et, enfin, une tentative de compréhension de ce même passé »⁷. De ce fait, l'histoire comprend nécessairement une part de subjectivité. Car même s'il ne lui appartient pas, en principe, de porter un jugement de valeur sur le passé, il ne peut que s'engager, être influencé dans son travail par ses convictions. L'historien jouit normalement d'une grande liberté dans son œuvre de recherche et de reconstitution, ce qui explique qu'il s'oppose à tout dogme, tabou ou injonction⁸.

Or, la construction historique est en évolution permanente ; jamais la connaissance du passé n'est définitivement acquise, et elle nécessite donc un travail constant de l'historien, qui ne peut jamais se satisfaire de résultats définitifs ; la remise en question est continue. Selon Madeleine Rebérioux, les historiens peuvent ainsi être considérés comme « révisionnistes non par volonté idéologique mais par métier »⁹.

On touche ici au second enjeu lié aux relations entre histoire et droit pénal : une fois les faits passés assimilés par ce dernier, comment le droit pénal s'accommode-t-il de ce que, précisément, la réalité de ces faits soit remise en question ? Comment le droit pénal peut-il assimiler un passé dont la connaissance ne fait qu'évoluer ?

Car la loi pénale n'est pas aussi mouvante que le discours historique ; il existe en effet un principe de sécurité juridique qui nécessite une certaine stabilité dans le dispositif législatif, *a fortiori* lorsqu'il s'agit du dispositif répressif, attentatoire aux libertés individuelles. Si l'histoire est une science évolutive par essence, le droit pénal a quant à lui tendance à circonscrire fermement son objet, et donc à être pérenne.

⁷ J. FAVIER, allocution du 15 avril 2008 devant la mission d'information sur les questions mémorielles.

⁸ Rapport d'information de B. ACCOYER au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, 18 nov. 2008.

⁹ B. ACCOYER, Rapport d'information préc.

Pourtant, il apparaîtra au cours de ces développements que le droit pénal n'a de cesse de s'immiscer dans l'élaboration d'une vérité historique ; le droit répressif encadre l'histoire en tant que discours portant sur le passé.

Mais se pose alors la question de la légitimité du droit pénal pour procéder de la sorte : est-il de son office de déterminer une vérité historique, alors que l'historien lui-même tente en permanence d'accéder à cette vérité ?

S'intéresser au couple que forment histoire et droit pénal, c'est donc s'interroger sur la fonction même du droit pénal et sur le bien-fondé de son intervention en matière historique. Appartient-il au droit pénal d'encadrer le discours historique, pourtant protéiforme et en constante évolution ?

Cette interrogation conduit nécessairement à distinguer l'histoire « événementielle », c'est-à-dire la succession des événements révolus, de l'histoire en tant que discours portant sur ces mêmes événements et qui a pour but la création de vérités historiques. Le droit pénal se doit d'intégrer l'histoire dans sa première acception, puisqu'il ne peut pas purement et simplement ignorer le passé, mais il tend également, et c'est là moins évident, à encadrer l'histoire telle qu'elle résulte de la seconde acception.

C'est donc naturellement qu'il convient d'étudier ce double mouvement d'assimilation par le droit pénal de faits historiques (partie 1) et de création par celui-ci d'une vérité historique (partie 2).

PARTIE 1. L'ASSIMILATION PAR LE DROIT PENAL

DE FAITS HISTORIQUES

Le droit pénal n'a pas d'autre choix que de connaître du passé, il est de sa nature même de traiter de faits révolus. Certains de ces faits présentent une dimension particulière, qui permet de les qualifier d'« historiques » en raison de leur ancienneté ou du bouleversement qu'ils ont causé pour l'humanité, ainsi que nous l'avons noté dans notre tentative de définition de l'histoire. Le droit pénal se doit, cela a été dit, de « digérer » le passé, celui-ci ne pouvant être ignoré du droit. Le droit pénal connaît donc de l'histoire dans sa dimension « événementielle » ; il lui appartient d'assimiler les faits relevant de l'histoire, assimilation qui est tant l'œuvre de la loi (chapitre 1) que du juge (chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ASSIMILATION LEGISLATIVE DE FAITS HISTORIQUES

Le premier acteur ayant la possibilité d'appréhender des faits de nature historique est le législateur, qui peut, par la création d'incriminations et par la définition de leur régime, influencer sur l'histoire ou être influencé par elle. Certains mécanismes lui permettent en effet de prendre acte de ce que l'histoire, par la criminalité particulière qu'elle a pu générer, nécessite une réponse pénale adaptée, alors même que le temps qui passe est généralement facteur d'impunité ; il s'agit essentiellement de la création d'incriminations rétroactives (section 1). D'autres mécanismes lui permettent au contraire d'anticiper sur les difficultés potentielles en décidant qu'à l'avenir, certains faits ne pourront jamais réellement relever de l'histoire et que leur gravité objective exige qu'une réponse pénale puisse leur être apportée à tout moment : ce sont les incriminations imprescriptibles (section 2).

SECTION 1. LA CREATION D'INCRIMINATIONS RETROACTIVES

En jouant sur l'application dans le temps des lois qu'il édicte, le législateur a la possibilité d'appréhender des faits qui, par hypothèse, relèvent du passé, voire même de l'histoire. En principe, le droit pénal de fond n'a vocation qu'à s'appliquer aux situations futures, une loi nouvelle ne pouvant s'appliquer qu'aux faits commis après son entrée en vigueur. Le passé semble au contraire jouir d'une certaine immunité, puisqu'en vertu du principe de légalité, il ne paraît pas possible de sanctionner une personne pour des faits qui n'étaient pas incriminés lors de leur commission.

Le principe de non-rétroactivité, affirmé par l'article 8 de la Convention des droits de l'homme et du citoyen de 1789, peut cependant connaître des tempéraments, aménagés par le législateur lui-même. Ainsi le Code pénal prévoit-il dans son article 112-2 que les lois de forme peuvent rétroagir, ce qui est compréhensible puisque ce type de mesures est moins attentatoire aux libertés individuelles que les lois de fond, qui engagent la définition même des infractions et leur répression.

Mais surtout, le législateur a la possibilité de décider qu'une loi de fond pourra rétroagir : un exemple particulièrement marquant concerne l'infraction d'indignité nationale, créée au sortir du second conflit mondial (I) et que le législateur a voulue rétroactive (II).

I. La création du crime d'indignité nationale

Le droit pénal est utilisé par le législateur pour sanctionner des comportements dont la gravité nécessite une réponse particulière. La création d'incriminations illustre le jugement que porte le législateur sur des faits qui, en raison de leur caractère inédit, semblent entrer instantanément dans l'histoire, appelant de ce fait une réaction elle-même historique. Ainsi les faits de collaboration pendant la Seconde Guerre Mondiale ont-ils engendré une réponse législative forte et immédiate, témoignant de la désapprobation du corps social à l'égard de ce genre d'attitudes. Un crime d'indignité nationale a en effet été spécialement créé pour réprimer les actes de collaboration (A), crime assorti d'une répression aux caractéristiques particulières (B).

A. Le crime d'indignité nationale

Alors même que la totalité du territoire français n'était pas encore libérée du joug de l'occupant, est apparue la nécessité de sanctionner sévèrement les Français ayant collaboré avec l'ennemi. Les procès d'épuration ont été une première réponse au désir de vengeance de la population, réponse spontanée et si peu organisée qu'elle a pu être critiquée pour son caractère arbitraire et peu compatible avec la justice qu'elle était pourtant supposée mettre en œuvre.

Des juridictions particulières ont également été créées, notamment les cours de justice et la Haute Cour (ordonnances des 28 et 18 novembre 1944), afin de sanctionner les actes de trahison. La particularité de ces juridictions nécessite qu'une étude particulière leur soit consacrée¹⁰.

Mais le Gouvernement Provisoire de la République Française a eu à cœur de sanctionner tous les faits de collaboration, y compris ceux qui ne pouvaient entrer dans le champ d'aucune qualification pénale. Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose en effet à ce que des infractions soient appliquées de manière extensive à des comportements ne répondant pas exactement à leur définition.

Or, de nombreux Français ont pu collaborer avec l'occupant, sans que pour autant leur action soit susceptible de recevoir une qualification juridique. Il n'en demeure pas moins que les dénonciations ou les aides fournies à l'ennemi ont été pour ce dernier d'un précieux secours, et il est apparu nécessaire de faire preuve de la plus grande sévérité à l'égard des auteurs de tels agissements. C'est ce que souligne le législateur dans l'exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 qui a créé l'indignité nationale : « les agissements criminels des collaborateurs de l'ennemi n'ont pas toujours revêtu l'aspect de faits individuels caractérisés susceptibles de recevoir une qualification pénale précise »¹¹.

L'ordonnance du 26 août 1944, remplacée ensuite par une ordonnance de codification du 26 décembre 1944, a donc créé une infraction nouvelle, éminemment politique : l'indignité nationale ; il s'agit d'un crime, assorti d'une peine de dégradation nationale.

La constitution du crime d'indignité nationale requiert la réunion de trois préalables (1) auxquels il faut s'intéresser avant d'en étudier les éléments constitutifs (2).

¹⁰ V. infra, Chapitre 2, Section 1.

¹¹ J.O.R.F., 28 août 1944, p. 767.

1. Les préalables

En premier lieu, il convient de noter que le crime d'indignité nationale ne peut avoir été commis qu'à une date précise : l'ordonnance du 26 décembre 1944 délimite en effet le cadre temporel en dehors duquel il ne saurait plus être question d'indignité nationale. Ainsi ce crime doit-il avoir été perpétré après le 16 juin 1940, ce qui laisse hors du champ d'application de l'ordonnance les faits qui auraient pu être commis entre septembre 1939 et juin 1940.

A l'inverse, les faits constitutifs d'indignité nationale ne peuvent avoir été commis plus de six mois après la date, fixée par décret, de libération totale du territoire, soit le 10 novembre 1945.

Le crime d'indignité nationale ne peut donc avoir été commis qu'à une période déterminée, ce qui témoigne de la possibilité pour le législateur d'apporter une réponse ponctuelle à des faits s'inscrivant dans un contexte inédit, l'Occupation ayant généré une « délinquance » nouvelle qui n'a plus eu la possibilité de s'exprimer une fois la paix rétablie.

L'ordonnance du 26 décembre 1944 délimite également le cadre spatial de commission de cette infraction nouvelle qu'est l'indignité nationale. Celle-ci peut en effet avoir été commise aussi bien en France qu'à l'étranger, ce qui est une « exception au principe de la compétence territoriale des lois et des juridictions françaises »¹² ; il n'existe pas en effet en 1944 d'équivalent à l'article 113-6 du Code pénal qui institue la compétence personnelle active et permet à la loi française d'être applicable aux infractions commises par des Français à l'étranger. Cette compétence n'était possible à l'époque que dans l'hypothèse où le Français ayant commis une infraction à l'étranger serait revenu volontairement en France.

Enfin, l'infraction d'indignité nationale ne peut être commise que par des Français. La nationalité de l'auteur conditionne l'application du dispositif, et ce en raison de la particularité de l'indignité nationale : celle-ci vise essentiellement à sanctionner un comportement profondément antinational, et il n'a donc pas semblé pertinent de l'appliquer aux étrangers. C'est ici une attitude d'hostilité à la Patrie qui est sanctionnée, et seuls les « nationaux » peuvent s'en rendre coupable. Ainsi l'exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 précise-t-il que « tout Français qui s'est rendu coupable d'une activité antinationale caractérisée s'est déclassé ; il est un citoyen indigne... ».

¹² Henri FAUCHER, *L'indignité nationale*, JCP 1945.I.454.

2. *Les éléments constitutifs*

La définition faite de l'infraction d'indignité nationale dans l'article premier de l'ordonnance du 26 décembre 1944 est assez large, l'article 2 énumérant de manière non limitative les actes pouvant en constituer l'élément matériel. Trois types de faits sont concernés.

Tout d'abord, l'ordonnance incrimine « l'aide directe ou indirecte à l'Allemagne ou à ses alliés ». L'expression est assez large pour englober des comportements variés, tels le fait de s'engager dans les armées ennemies, le travail volontaire pour l'ennemi (Loriot, 1^{ère} Ch. Civ. Seine, 28 janvier 1945), la propagande en faveur de l'ennemi, le commerce avec l'ennemi dès lors que celui-ci a été librement consenti, l'appartenance à un organisme de collaboration ou encore l'aide morale ou matérielle apportée à un journal antinational. En revanche, les relations amicales voire sentimentales avec l'ennemi n'étaient pas sanctionnées en tant que telles, sauf à avoir été accompagnées d'autres actes eux-mêmes répréhensibles au titre de l'indignité nationale.

L'ordonnance vise également les « atteintes à l'unité de la Nation », au titre desquelles pouvait être puni le fait d'avoir appartenu à un gouvernement déclaré par la suite illégitime, tel le gouvernement de Vichy.

Sont enfin sanctionnées les « atteintes à la liberté des Français ou à l'égalité entre eux », qui permettent notamment de poursuivre les personnes ayant occupé des fonctions de direction au Commissariat aux Questions juives.

Il apparaît donc clairement que l'indignité nationale ne doit pas être considérée comme un « crime d'opinion »¹³, les comportements antinationaux devant présenter une matérialité suffisamment constituée pour que l'effectivité de l'aide apportée à l'occupant soit établie de façon certaine.

La consistance de l'élément matériel témoigne en outre du caractère politique de l'infraction ainsi créée : de manière objective, l'infraction politique est en effet définie comme un agissement « qui porte directement atteinte à un intérêt ou à une prérogative de nature politique, telle une atteinte à l'existence ou à l'organisation de l'Etat, autrement dit lorsque la valeur sociale protégée par la qualification pénale est politique (fonctionnement des pouvoirs

¹³ Henri FAUCHER, *L'indignité nationale*, préc.

constitutionnels par exemple) »¹⁴. Le caractère politique de l'indignité nationale ne fait donc aucun doute, puisque l'incrimination vise explicitement des atteintes à la Nation.

S'agissant de l'élément moral, l'ordonnance sanctionne la personne qui a « sciemment apporté (...) une aide (...) à l'Allemagne » : l'infraction est donc intentionnelle. Puisqu'il s'agit d'un crime, il ne pouvait de toute façon en aller différemment¹⁵. L'intention est ici constituée lorsque l'auteur des faits a eu conscience de commettre un acte contraire à l'intérêt de la Nation, l'erreur l'exonérant en conséquence de toute responsabilité pénale. La troisième Chambre civile de la Seine a ainsi pu décider, dans un jugement du 9 février 1945, qu'était de bonne foi le jeune homme qui avait choisi de faire partie de la Milice, pensant que le groupement avait pour but de « coopérer aux secours apportés aux sinistrés ».

Si, de manière traditionnelle, les mobiles n'étaient pas censés être pris en compte afin de justifier la commission de l'infraction, il a néanmoins pu arriver que des juridictions se réfèrent aux « buts » poursuivis par les auteurs afin d'exonérer ceux-ci de leur responsabilité : ainsi une juridiction a-t-elle acquitté l'accusé qui s'était inscrit dans un parti antinational afin de faire revenir d'Allemagne son frère prisonnier (1^{ère} Ch. civ. Seine, 29 janvier 1945).

Les circonstances pouvaient au contraire amener les juridictions à retenir la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction : ainsi un conseiller municipal, du fait de ses fonctions, ne pouvait-il pas ignorer la tendance pro-allemande de telle ou telle organisation (2^{ème} Ch. Civ. Seine, 31 janvier 1945).

A circonstances exceptionnelles, réponse pénale exceptionnelle : tel pourrait être le premier enseignement tiré de l'étude de cette incrimination particulière qu'est le crime d'indignité nationale. La répression qui s'y attache présente des particularités non moins inhabituelles.

B. La répression du crime d'indignité nationale

Avant d'observer les caractéristiques de la répression du crime d'indignité nationale (2), il faut préciser les éléments pouvant y faire obstacle (1).

¹⁴ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, dir^o S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, Dalloz, 2005, 15^{ème} édition, Paris, p. 339.

¹⁵ Henri FAUCHER, *L'indignité nationale*, préc.

1. *Les obstacles à la répression*

Font tout d'abord obstacle à la répression du crime d'indignité nationale les faits justificatifs, et notamment l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, tels que prévus par l'article 327 ancien du Code pénal.

Mais pouvaient également être appliqués des faits justificatifs spéciaux, créés par une ordonnance du 28 novembre 1944 afin de justifier les faits de collaboration dont les cours de justice avaient à connaître. Ne pouvaient être punis les faits de collaboration ou ceux constitutifs du crime d'indignité nationale dès lors que les ordres ou instructions reçus ont été exécutés strictement, sans initiative personnelle et sans être dépassés, ou bien dès lors que les faits correspondaient à la simple exécution d'obligations professionnelles, sans participation volontaire à un acte antinational¹⁶. Les juridictions sont cependant réticentes à admettre ce fait justificatif, qui n'est d'ailleurs pas admis « à l'égard des faits de dénonciation ou de livraison de personnes, ni aux actes individuels de violence, ni aux livraisons délibérées de matériel, de pièces ou de renseignements à l'ennemi »¹⁷. La gravité de tels faits ne semble en effet souffrir aucune justification...

Ne sauraient être poursuivis au titre de l'indignité nationale les auteurs pouvant bénéficier d'une cause de non-imputabilité, à l'instar des personnes atteintes de troubles mentaux ou celles soumises à une contrainte morale. Pour être exonératoire, la contrainte morale doit être personnelle à l'agent, illégitime et irrésistible. Là encore, les juridictions sont assez réticentes à admettre cette justification de l'infraction, l'irrésistibilité de la contrainte n'étant que rarement admise.

Enfin, l'ordonnance du 26 décembre 1944 retient un cas d'excuse, sorte de fait justificatif tiré du repentir actif de l'auteur de l'infraction. L'article 3 alinéa 4 de l'ordonnance prévoit en effet que sont excusées « les personnes qui, postérieurement aux agissements retenus contre elles, se sont réhabilitées en se distinguant par des actions de guerre contre l'Allemagne ou ses alliés ou par la participation active, efficace et soutenue à la résistance contre l'occupant ou l'autorité de fait dite Gouvernement de l'Etat français ».

La constatation d'une aide apportée aux résistants ou à des Français recherchés par les Allemands revient en quelque sorte à « compenser » l'assistance qui aurait pu être fournie aux

¹⁶ V. par ex. 1^{ère} Ch. Civ. Seine, 20 février 1945, Suricaud.

¹⁷ Henri FAUCHER, *L'indignité nationale*, préc.

forces d'occupation, justifiant le relèvement de la condamnation à la peine de dégradation nationale.

Pour ceux qui n'auraient pu bénéficier d'aucune cause exonératoire de responsabilité, le législateur a prévu des sanctions à la hauteur de la gravité des actes incriminés.

2. Les caractéristiques de la répression

S'agissant d'un crime, la tentative de l'infraction d'indignité nationale est punie comme si celle-ci était consommée.

Au regard de la variété des éléments constitutifs de l'infraction énumérés précédemment, il apparaît que le crime d'indignité nationale revêt une nature d'infraction tantôt instantanée, tantôt continue. A titre d'exemple, le fait pour un Français de faire partie d'un organisme de propagande en faveur de l'Allemagne constituerait une infraction continue, tandis que serait instantanée l'infraction consistant à fournir, de manière ponctuelle, un renseignement à l'ennemi. Il s'ensuit que, dans l'hypothèse où l'infraction est continue, celle-ci ne commence à se prescrire qu'au moment où les agissements incriminés ont pris fin.

Pour marquer davantage encore la gravité du crime d'indignité nationale, le législateur est allé jusqu'à créer une peine nouvelle devant sanctionner ce type d'agissements : la dégradation nationale, qui peut être prononcée soit à titre principal, soit à titre complémentaire.

L'exposé des motifs de l'ordonnance du 26 décembre 1944 précise, au sujet de la dégradation nationale, qu'« il ne s'agit pas de prononcer une peine afflictive ou même privative de liberté, mais d'édicter une déchéance ». La peine de dégradation nationale emporte en effet un certain nombre d'interdictions, et notamment une privation de tous les droits civiques et politiques. La personne condamnée à la peine de dégradation nationale se voit retirer les différents attributs faisant d'elle un citoyen : du fait de sa trahison, elle ne mérite plus ni son droit de vote ni son droit d'éligibilité. Le condamné est également privé de ses droits publics, comme le droit de porter une arme, le droit de porter des décorations ou encore le droit d'occuper une fonction publique : ainsi le « dégradé » ne saurait-il demeurer magistrat ou fonctionnaire, ce qui traduit bien la volonté du législateur d'épurer l'Administration de ses « mauvais » éléments. La dégradation nationale peut aussi être assortie de diverses interdictions professionnelles, dont le domaine est assez large puisque sont par exemple concernées les

professions d'avocat, d'enseignant ou de gérant de société... Enfin, le condamné à cette peine est privé de ses droits civils, ce qui se traduit par l'impossibilité d'être nommé tuteur ou curateur.

La gravité de la peine de dégradation nationale est accentuée par son caractère perpétuel : elle ne peut pas, en principe, être réduite, sauf à ce que soient établies des circonstances atténuantes. La peine cesse de recevoir application au décès du condamné, ou bien par l'amnistie, la grâce ou la réhabilitation.

La peine peut, enfin, être assortie de deux peines complémentaires que sont la confiscation et l'interdiction de résidence sur certaines zones du territoire français.

Le caractère infamant de la peine de dégradation nationale est frappant : le condamné est « déclassé », il ne mérite plus sa qualité de citoyen et est en conséquence atteint dans tous les aspects de son existence, aussi bien publics que privés. Puisque le collaborateur a trahi la Nation, la Nation préfère l'exclure... pour mieux s'en protéger ?

L'aspect le plus remarquable du crime d'indignité nationale et de la sanction qui lui est attachée est leur caractère rétroactif, qui n'a pas été sans susciter de controverses.

II. Le caractère rétroactif de l'indignité nationale

Traditionnellement, en droit pénal, la technique de la rétroactivité ne peut être utilisée que lorsqu'elle est favorable au justiciable : il s'agit d'une mesure de faveur qui aura pour conséquence une exonération de responsabilité ; on parle alors de rétroactivité *in mitius* (A). Appliquée à l'indignité nationale, la rétroactivité ne peut donc que surprendre puisqu'il s'agit alors d'une rétroactivité *in pejus* (B), qui ne peut manquer de s'expliquer par la dimension historique des faits incriminés.

A. La solution classique de la rétroactivité *in mitius*

De manière très générale, la rétroactivité peut être définie comme le « caractère d'un acte juridique qui produit des effets dans le passé (ainsi de la rétroactivité d'un jugement ou d'une

condition résolutoire) »¹⁸. Dans un objectif de sécurité juridique, la loi, en principe, n'est pas rétroactive ; il est cependant loisible au législateur de prévoir le contraire.

Cependant, le droit pénal présente une particularité en la matière : il est constant que la loi pénale, en raison du caractère attentatoire aux libertés des sanctions qu'elle édicte, ne peut en aucun cas être rétroactive si elle est plus sévère pour le justiciable : c'est le principe de la non-rétroactivité *in pejus*. En revanche, si la loi est plus douce, la rétroactivité est alors possible ; il s'agit dans ce cas de la rétroactivité *in mitius*.

Actuellement, la non-rétroactivité de la loi pénale et le tempérament tenant à la loi pénale plus douce sont prévus par l'article 112-1 du Code pénal, qui dispose que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

L'application de la loi pénale plus douce à des faits commis avant sa promulgation peut notamment se traduire, pour l'auteur d'une infraction, par une irresponsabilité pénale totale pour le cas où la loi nouvelle viendrait abroger le texte d'incrimination sous l'empire duquel l'infraction avait été commise, ou encore par une diminution des peines encourues. La rétroactivité peut donc être vue comme une technique permettant au législateur de traiter avec bienveillance les auteurs de certains faits : en cela, elle peut être rapprochée de la loi d'amnistie qui a pour effet d'éteindre l'action publique et de dispenser l'auteur d'une infraction d'effectuer la peine prononcée. L'amnistie est en effet une cause d'irresponsabilité pénale « par effacement du caractère délictueux des faits »¹⁹.

Rétroactivité et amnistie témoignent donc d'un jugement de valeur opéré par le législateur, qui estime que la gravité objective de certains faits n'est pas suffisamment prononcée pour justifier une répression trop accentuée : par ces mécanismes, le législateur est amené à traiter de l'histoire, puisqu'il revient sur le passé en jugeant nécessaire de faire sortir celui-ci du champ d'application de la loi pénale. Mais ce faisant, le législateur accorde une faveur au justiciable, cette mansuétude se justifiant par le manque de gravité objective de l'action ou de l'omission commise par ce dernier.

¹⁸ *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p.553.

¹⁹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 2^{ème} édition, 2007, p. 435.

Or, il peut également arriver que l'histoire ait généré des comportements nouveaux, à la dangerosité particulièrement marquée, et qui nécessitent d'être appréhendés a posteriori par le législateur. Tel a été le cas après la Seconde Guerre Mondiale : certains comportements n'ayant pu être réprimés lors de leur commission en raison de l'usurpation de la souveraineté par un gouvernement illégitime, gouvernement qui approuvait lesdits comportements et même les instiguait, s'est alors imposée la nécessité d'édicter des normes à caractère rétroactif pour les sanctionner. Tel a été le cas notamment du crime d'indignité nationale.

B. La rétroactivité *in pejus* de l'indignité nationale

Même si les justifications au caractère rétroactif de l'indignité nationale ne manquent pas (2), il n'en demeure pas moins que la légalité du dispositif a fait l'objet d'une controverse (1).

1. *Controverse*

L'article 112-1 du Code pénal prévoit, nous l'avons dit, une exception à la non-rétroactivité de la loi pénale. Mais le dispositif tenant à l'application de la loi dans le temps était quelque peu différent au sortir de la Seconde Guerre Mondiale.

En effet, avant la réforme du Code pénal de 1992²⁰, l'application dans le temps des textes pénaux était régie par l'article 4 qui disposait que « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ». Antérieurement au 1^{er} mars 1994, date de l'entrée en vigueur de la réforme du Code pénal, aucune exception à la non-rétroactivité de la loi pénale n'était donc prévue.

Dès lors, il est compréhensible que le caractère rétroactif du crime d'indignité nationale et de la peine de dégradation nationale ait suscité des interrogations. Et quand bien même une exception tenant au caractère plus doux d'une loi nouvelle aurait pu être concevable à l'époque, il s'agissait de toute façon dans le cas présent d'une norme plus sévère : l'insécurité juridique qu'engendrait l'imprévisibilité d'une telle disposition ne pouvait donc manquer de choquer.

Ainsi ce caractère rétroactif a-t-il été mis en évidence à l'appui des demandes tendant à l'abrogation de l'ordonnance instituant l'indignité nationale, et particulièrement par Maître

²⁰ Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992.

Isorni dans sa proposition de loi tendant « à l'amnistie des faits dits de collaboration et à la suppression de l'indignité nationale » du 2 août 1951.

En se réservant la possibilité d'appréhender rétroactivement certains comportements, le droit s'accorde un « privilège exorbitant »²¹ : il ne se cantonne plus à la gestion de situations présentes ou futures, il s'arroge la faculté de revenir sur des actes pourtant révolus pour insister sur leur gravité et sur la désapprobation de la société toute entière à leur égard. La rétroactivité n'est possible que pour des actes d'une particulière gravité, car il ne s'agit pas seulement d'agir sur un acte passé, mais bien de faire revivre ce passé, de l'inscrire dans le présent pour lui donner une dimension nouvelle : celle, précisément de fait « historique ». Il s'agit là de la justification première de la rétroactivité du dispositif sanctionnant les faits de collaboration, mais elle est loin d'être la seule.

2. *Justifications*

La rétroactivité permet de revenir sur le passé pour l'inscrire dans le présent : l'indignité nationale a ainsi contribué à la survie des faits de collaboration, qui ont pu être appréhendés par le droit pénal alors même qu'ils n'étaient pas incriminés au moment de leur commission : la rétroactivité « donne au droit non pas tant le moyen d'« agir sur le passé » (selon la définition de Littré), que d'inscrire l'action de la justice dans un nouveau temps historique »²². La technique de la rétroactivité empêche de clore le passé, celui-ci continuant d'appartenir au présent tant que la société a le souhait et le besoin d'y apporter des réponses pénales. La Nation toute entière s'est sentie trahie par ceux qui avaient collaboré avec l'ennemi, et seule une punition adéquate des « traîtres » devait lui permettre de classer définitivement ces événements au rang des faits historiques.

Par ailleurs, le caractère rétroactif de l'indignité nationale trouve une justification intéressante dans l'exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 : on peut en effet y lire que « le système de l'indignité nationale ne trouve pas sa place sur le terrain de l'ordre pénal proprement dit ; il s'introduit délibérément sur celui de la justice politique, où le législateur retrouve son entière liberté et plus particulièrement celle de tirer, à tout moment, les

²¹ Anne SIMONIN, « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », in *La Justice de l'épuration à la fin de la Seconde Guerre mondiale*, AFHJ, La Documentation Française, Coll. « Histoire de la Justice », n°18, Paris, 2008.

²² Anne SIMONIN, op. cit.

conséquences de droit qu'emporte un état de fait ». Ce même exposé des motifs précise en outre, au sujet de la peine de dégradation nationale, qu' « il ne s'agit pas de prononcer une peine afflictive ou même privative de liberté, mais d'édicter une déchéance ».

Conscient des difficultés engendrées par le caractère rétroactif de l'incrimination qu'il vient de créer, le législateur a à cœur de s'en expliquer dans l'exposé des motifs : les circonstances exceptionnelles auxquelles il faut répondre, la nécessité de sanctionner les comportements antinationaux, justifient qu'il puisse intervenir « à tout moment ». Le législateur distingue ainsi ordre pénal et justice politique : nous l'avons dit, l'indignité nationale est une infraction politique car elle vise à sanctionner des comportements contraires aux intérêts de l'Etat. La Nation elle-même étant en cause, un régime particulier, dérogeant du droit commun de la matière pénale, semble alors justifié.

D'aucuns ont pu en outre faire valoir que la dégradation nationale devait être vue davantage comme une déchéance que comme une peine, ce qui permettrait de justifier sa rétroactivité. Les déchéances telles les interdictions professionnelles étaient vues en effet comme des mesures de sûreté et non des peines, ce qui autorisait leur rétroaction. Cet argument semble fragile, tant il est clair que la dégradation nationale doit être vue comme une peine et non une mesure de sûreté en raison, d'une part, de sa sévérité et, d'autre part, de la possibilité de la voir accompagnée de véritables peines complémentaires. L'ordonnance du 26 décembre 1944 utilise de toute façon le terme de « peine » pour désigner la dégradation nationale.

Par la rétroactivité, le droit pénal appréhende donc l'histoire pour en faire un objet présent ; le législateur intervient a posteriori, s'octroyant la possibilité d'apporter une réponse pénale à des faits révolus. Mais le législateur a également la faculté d'intervenir a priori, et de décider que certaines conduites, par la gravité dont elles témoignent, ne pourront jamais échapper au droit pénal : c'est l'imprescriptibilité, qui permet au législateur d'anticiper sur les éventuelles difficultés à venir liées à l'écoulement du temps.

SECTION 2. LA CREATION D'INCRIMINATIONS IMPRESCRIPTIBLES

S'il peut sembler contradictoire de prime abord d'associer histoire et droit pénal, c'est que l'écoulement du temps est le premier élément s'opposant à une réponse pénale : plus le temps

passé, et plus les poursuites pénales semblent inopportunes, en raison notamment des difficultés probatoires engendrées par l'écoulement des années.

Il faut ici distinguer prescription de l'action publique et prescription de la peine : la première renvoie à l'impossibilité pour le ministère public, passé un certain délai – variable selon qu'il s'agit d'un crime, d'un délit ou d'une contravention²³ – de poursuivre l'auteur d'une infraction. La seconde, régie par les articles 133-2, 3 et 4 du Code pénal, engage le principe selon lequel « toute peine, lorsque celle-ci n'a pas été mise à exécution dans un certain délai fixé par la loi à vingt ans pour les crimes, cinq ans pour les délits et trois ans pour les contraventions, ne peut plus être subie »²⁴.

Il existe des délais de prescription dérogatoires, plus courts ou plus longs que les délais de droit commun, mais il existe également des infractions imprescriptibles (II), telles les crimes contre l'humanité (I).

I. La création des crimes contre l'humanité

S'il est bien une catégorie d'incriminations créée en réponse à des faits de nature historique, il s'agit de celle des crimes contre l'humanité, réponse immédiate aux atrocités commises durant la Seconde Guerre Mondiale (A) comme en témoigne l'analyse de ses éléments constitutifs (B).

A. Une incrimination directement influencée par l'histoire

L'expression « crime contre l'humanité » serait apparue pour la première fois au début du XX^{ème} siècle à l'occasion du génocide des Arméniens par l'Empire ottoman²⁵, pour être quelque peu délaissée par la suite. Elle a connu un regain d'intérêt suite aux atrocités commises par le régime nazi pendant la Seconde Guerre Mondiale.

Le statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, adopté à Londres le 8 août 1945, définit ainsi dans son article 6c la notion de crime contre l'humanité : il s'agit de « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou

²³ Cf. articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale.

²⁴ *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 483.

²⁵ Emmanuelle DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, collection Cours magistral, 2008.

persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ». Bien évidemment, sont ici directement visés les faits de déportation, d'extermination ou encore de torture commis par les nazis à l'encontre de certains groupes de population (Juifs, Tziganes, communistes...) à raison de leur race, de leur religion ou de leur appartenance politique.

Cette définition n'a pu manquer d'influencer le législateur français lorsqu'il a choisi, à son tour, d'incriminer les crimes contre l'humanité à l'occasion de la réforme du Code pénal de 1992 : les crimes contre l'humanité y figurent en tête des crimes et délits contre les personnes, et y sont définis aux articles 211-1 et suivants. L'article 211-1 incrimine le génocide, qui fait donc partie de la catégorie des crimes contre l'humanité, et l'article 212-1 incrimine les autres crimes contre l'humanité. La définition de ces derniers rejoint l'article 6c du statut du Tribunal Militaire International, puisque l'alinéa premier de l'article 212-1 dispose que « la déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité ».

Le législateur est donc directement inspiré par l'histoire dans son travail de création d'incriminations : les infractions, en toute hypothèse, sont toujours créées en réponse à des faits passés, que le législateur n'avait pu imaginer et auxquels il doit apporter une réponse ; l'imagination de l'homme est telle que de nouveaux comportements néfastes pour la société n'ont de cesse d'apparaître, surprenant le législateur qui ne peut alors que s'adapter aux évolutions de la criminalité.

Dans cette perspective, les crimes contre l'humanité, qui traduisent une réalité des plus odieuses qui soient, ne pouvaient qu'appeler une réponse particulière et immédiate : dès lors, il est surprenant de constater que près de cinquante ans se sont écoulés entre la signature par la France de l'Accord du 8 août 1945 instituant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, et l'introduction en droit interne des dispositions relatives aux crimes contre l'humanité. Cet état de fait s'explique notamment par les nécessités de réconciliation qui ont immédiatement suivies la guerre, et sur lesquelles nous reviendrons par la suite²⁶.

²⁶ V. infra partie 2, chapitre 1, section 2, II, A.

Quoi qu'il en soit, il est remarquable que la notion de « crime contre l'humanité » ait fait son apparition dès 1945, alors même que les événements en question venaient de s'achever ; rappelons à titre d'exemple que les derniers camps de concentration et d'extermination furent libérés au mois de mai 1945. La création quasi immédiate du Tribunal Militaire International et la définition des crimes contre l'humanité qui s'y est adossée témoignent de la conscience qu'ont eue les puissances alliées du caractère historique des événements qui venaient de bouleverser le monde occidental.

Les crimes contre l'humanité n'ont longtemps pu être poursuivis en France que sur le fondement de textes internationaux, au premier rang desquels le statut du Tribunal Militaire International. Mais, nous l'avons dit, des incriminations spécifiques ont été intégrées au Code pénal par la réforme de 1992, et il convient d'en analyser plus précisément la substance, imprégnée de considérations historiques.

B. Les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité

A titre liminaire, précisons une spécificité du régime des crimes contre l'humanité : ceux-ci ne peuvent en aucun cas être justifiés par le commandement de l'autorité légitime ou l'ordre de la loi ; cette précision apportée par l'article 213-4 du Code pénal s'explique par le fait que nul ne saurait se tromper sur le caractère manifestement inhumain des actes en cause²⁷.

Lorsqu'il a décidé d'incriminer les crimes contre l'humanité, le législateur a opéré une distinction entre le génocide et les « autres crimes contre l'humanité » (2), ces deux catégories d'infractions présentant malgré tout des points communs (1).

1. *Les points communs à tous les crimes contre l'humanité*

Tout d'abord, il faut souligner que tous les crimes contre l'humanité sont punis de la réclusion criminelle à perpétuité, que leur tentative est incriminée et que, bien que pouvant être inspirés par des considérations politiques, tous relèvent du régime des infractions de droit commun.

Tous les crimes contre l'humanité requièrent ensuite qu'aient été commis des actes définis, et ce en vertu d'un plan concerté.

²⁷ Philippe CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007, 3^{ème} édition, p. 28.

L'article 211-1 du Code pénal, relatif au génocide, tout comme l'article 212-1 relatif aux autres crimes contre l'humanité, visent explicitement des actes commis « en exécution d'un plan concerté », sans que ce plan concerté soit défini pour autant. Le législateur souligne par cette référence la spécificité des crimes contre l'humanité, qui font l'objet d'une planification étudiée : ces crimes qui, dans un contexte différent, auraient pu sembler « ordinaires », revêtent alors un aspect bien plus odieux par la stratégie froide et raisonnée dont ils sont l'aboutissement.

Il faut ici noter que les crimes contre l'humanité sont nécessairement des infractions collectives²⁸, puisque la nécessité d'un plan concerté fait obstacle à ce qu'ils soient commis par un individu isolé.

L'exigence d'un plan concerté traduit bien l'influence que peut avoir l'histoire sur le législateur : une incrimination des crimes contre l'humanité qui ne fasse pas référence à un tel plan était tout à fait concevable. Il n'est pas si fréquent qu'une incrimination fasse référence au contexte de commission de l'infraction : les textes visent généralement une action ou omission, et la sanctionnent. Mais fort de constatations historiques, le législateur s'est aperçu de ce que ce genre de crimes, commis à grande échelle, étaient toujours le fruit d'une réflexion élaborée par un groupe de personnes : ainsi de la Conférence de Wannsee de 1942, par laquelle les dirigeants du régime national-socialiste ont décidé de la « solution finale », ou encore de la politique menée par le parti « Jeunes-Turcs » à la tête de l'Empire Ottoman en 1915-1916 et qui aboutit au massacre de plus d'un million deux cent mille Arméniens.

Notons ici que le statut du Tribunal Militaire International ne contient pas de telle référence à l'existence d'un plan concerté, ce qui a pu amener certains auteurs à considérer que cette condition devait être réputée non écrite en raison de la supériorité des traités sur le droit interne²⁹.

Par ailleurs, le Code pénal énumère, pour tous les crimes contre l'humanité, les actes qui doivent avoir été commis en exécution de ce plan concerté. Le législateur exige donc l'existence d'un lien de causalité entre les infractions commises et le plan concerté : les agissements incriminés doivent trouver leur source dans l'exécution du plan concerté et, tout

²⁸ Philippe CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., p.29.

²⁹ V. J. FRANCILLON, Code pénal annoté, G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, art. 211-1 et s.

crime étant intentionnel³⁰, celui qui les commet doit avoir conscience de ce qu'il agit en exécution d'un plan concerté.

Les actes devant être commis en exécution du plan concerté varient selon la catégorie de crime contre l'humanité considérée : il s'agit là de ce qui fait la variété des crimes contre l'humanité.

2. La variété des crimes contre l'humanité

L'article 211-1 du Code pénal, qui incrimine le génocide, précise quel doit être l'objectif poursuivi par le plan concerté – ce en quoi le législateur semble entrer dans le champ des mobiles : le plan concerté doit en effet tendre « à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire ».

Le législateur énumère également les actes devant être perpétrés en exécution de ce plan : atteinte volontaire à la vie, atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique, soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe, mesures visant à entraver les naissances, ou encore transfert forcé d'enfants. Il faut remarquer ici le fait que le législateur vise les atteintes « graves » à l'intégrité physique ou psychique, ce qui ne correspond à aucune qualification pénale précise et soulève donc des interrogations quant au seuil de gravité devant être retenu.

Les autres crimes contre l'humanité sont visés par les articles 212-1 et 212-2 du Code pénal, le second de ces articles renvoyant aux mêmes faits que le premier mais lorsqu'ils sont commis en temps de guerre « contre ceux qui combattent le système au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité ».

Dans les deux cas, sont punies « la déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de torture ou d'actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile ». La différence essentielle par rapport au

³⁰ Art. 121-3 C. pén.

génocide est que les actes ici incriminés n'ont pas nécessairement pour but la destruction d'un groupe de population, ce qui permet une répression élargie.

Ici encore, il est évident que le législateur a eu en tête les événements les plus tragiques de l'histoire contemporaine lorsqu'il a établi ces différentes incriminations, et la diversité des actes matériels visés témoigne d'une volonté de répression la plus vaste possible. Mais surtout, une garantie essentielle de la répression des crimes contre l'humanité tient au fait que celle-ci ne saurait en principe être affectée par l'écoulement du temps.

II. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité

L'une des particularités essentielles de tous les crimes contre l'humanité est leur imprescriptibilité, tant au point de vue de l'action publique que de la peine. Les enjeux de l'imprescriptibilité sont considérables pour notre étude, puisqu'aucune considération temporelle ne fait obstacle en principe à la répression d'un crime contre l'humanité (A), même s'il existe une limite tenant à l'application dans le temps des dispositions relatives à la prescription (B).

A. Les enjeux de l'imprescriptibilité

L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, quels qu'ils soient, est affirmée par le Code pénal en son article 213-5, qui dispose que « l'action publique relative aux crimes prévus par le présent sous-titre, ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles ». Avant même l'entrée en vigueur de la réforme du Code pénal, le 1^{er} mars 1994, cette imprescriptibilité était affirmée par une loi du 26 décembre 1964, qui renvoyait à la définition figurant dans la charte du Tribunal Militaire International du 8 août 1945³¹.

Dans le cadre d'une étude relative aux liens entre histoire et droit pénal, le principe même de l'imprescriptibilité de certaines infractions ne peut manquer de susciter différentes observations. Ainsi l'imprescriptibilité a-t-elle pour effet de neutraliser les effets traditionnels de l'écoulement du temps en matière pénale : une infraction imprescriptible peut être poursuivie à tout moment, et si elle a donné lieu à une condamnation, la peine peut devoir être

³¹ Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.

exécutée même après un long délai – la seule limite tenant à la survie de la personne condamnée...

Dès lors, si un crime contre l'humanité est commis en 2010, rien ne fait obstacle à ce que des poursuites soient engagées contre son auteur en 2050 ou même après... si celui-ci est encore en vie. Or, poursuivre des faits remontant à plus de cinquante ans, n'est-ce pas poursuivre des faits historiques ? Ce qui pose la question de la légitimité de poursuites si tardives : est-il juste par exemple de juger le Maurice Papon de 87 ans pour des faits commis lorsqu'il en avait 32³² ?

Le mécanisme même de la prescription a pour but, nous l'avons dit, d'éviter que des poursuites n'aient lieu après un certain temps, car passé un certain délai, la collecte de preuves devient plus difficile ; l'écoulement du temps sans que des poursuites n'aient lieu semble même indiquer l'indifférence des autorités publiques à l'infraction qui a pu être commise – dès lors que celles-ci en avaient connaissance. D'aucuns ont ainsi pu dire que la prescription sanctionnait l'inertie du ministère public : si une infraction n'est pas poursuivie, cela signifie soit que le ministère public en a eu connaissance mais qu'il n'a pas fait preuve de la diligence nécessaire pour la poursuivre, soit qu'il n'en a pas eu connaissance, mais alors que l'infraction aurait peut-être pu être découverte si des investigations plus approfondies avaient été menées.

Quoi qu'il en soit, le fait que le législateur ait la possibilité de modifier les règles de prescription, en prévoyant des délais dérogatoires voire même l'imprescriptibilité, illustre bien son aptitude à souligner la gravité objective de certaines infractions. Dire que les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, c'est affirmer ce qu'il y aurait d'inopportun à ce que de simples considérations d'ordre temporel fassent obstacle à la répression, comme si les crimes contre l'humanité ne pouvaient jamais réellement entrer au rang des affaires « classées ». Autant nous avons vu que la rétroactivité permettait au droit pénal de revenir sur le passé, celui-ci étant en quelque sorte « réactivé », autant l'imprescriptibilité permet au législateur de prévoir par anticipation que certains types de comportements ne pourront jamais réellement appartenir au passé.

Les crimes contre l'humanité, par leur gravité, ne doivent jamais pouvoir échapper à la répression du simple fait de l'oubli que le temps qui passe accorde généralement aux événements.

³² Annie DEPERCHIN, Rapport de synthèse sur le colloque « Vérité historique, vérité judiciaire », ENM, 2 mars 2001.

Est-ce à dire pour autant que tout crime contre l'humanité qui serait découvert aujourd'hui pourrait forcément faire l'objet de poursuites pénales ?

B. L'application dans le temps de la loi de prescription

Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994 de la réforme du Code pénal, l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ne pose pas de difficulté particulière : tout fait revêtant cette qualification et qui serait commis après cette date serait bien évidemment imprescriptible.

Mais pour les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme, la question de l'application dans le temps du dispositif relatif à la prescription des crimes contre l'humanité a suscité davantage de difficultés.

En effet, les textes du Code pénal incriminant les crimes contre l'humanité ne sont pas rétroactifs : puisqu'ils créent des infractions nouvelles, ils doivent être considérés comme plus sévères et ne doivent donc en aucun cas rétroagir. C'est ce qu'a d'ailleurs confirmé la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 juin 2003³³ relatif aux crimes commis en Algérie entre 1955 et 1957 : la Cour décide en effet que « les principes de légalité des délits et des peines et de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, énoncés par les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 111-3 et 112-1 du code pénal, font obstacle à ce que les articles 211-1 à 212-3 de ce code réprimant les crimes contre l'humanité s'appliquent aux faits commis avant leur entrée en vigueur, le 1^{er} mars 1994 ».

Cependant, tous les crimes contre l'humanité antérieurs à la réforme ne sont pas insusceptibles de poursuites, la Cour de cassation admettant l'application rétroactive d'autres dispositions : ainsi, dans le cadre des poursuites contre les grands criminels nazis, la Cour de cassation a-t-elle pu prononcer des condamnations pour crimes contre l'humanité, quand bien même la loi tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité ne datait que du 26 décembre 1964. Tel fut le cas dans un arrêt du 26 janvier 1984 et sur lequel nous reviendrons, où la Cour de cassation a estimé que l'imprescriptibilité des crimes contre

³³ Crim. 17 juin 2003, pourvoi n° 02-80.719 FS-P+F, Bull. crim. n° 122 ; Juris-Data n° 019616.

l'humanité « se déduit tant des principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations que du Statut du tribunal militaire International annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, la loi du 26 décembre 1964 s'étant bornée à confirmer que cette imprescriptibilité était déjà acquise en droit interne, par l'effet des textes internationaux auxquels la France avait adhéré »³⁴. La loi du 26 décembre 1964 renvoie en effet explicitement au statut du Tribunal Militaire International, puisqu'elle dispose en son article unique que « les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature ».

La Cour de cassation valide donc des condamnations pour crime contre l'humanité sur le fondement de la loi du 26 décembre 1964 et du statut du Tribunal Militaire International, faisant de ces deux textes une application rétroactive³⁵, alors même que tous deux sont plus sévères pour le justiciable. Mais seuls les crimes commis durant la Seconde Guerre Mondiale sont visés par ces dispositions, ce qui explique que pour d'autres crimes, comme ceux d'Algérie et qui ont donné lieu à l'arrêt du 17 juin 2003, la rétroactivité ait été rejetée, rendant ainsi toute poursuite impossible.

En conséquence, il convient de distinguer trois régimes pour les crimes contre l'humanité : soit le crime a été commis durant la Seconde Guerre Mondiale, et il est alors imprescriptible et peut faire l'objet de poursuites à n'importe quel moment, grâce à l'application rétroactive des dispositions énonçant ce caractère imprescriptible ; soit le crime a été commis avant l'entrée en vigueur de la réforme du Code pénal mais dans un contexte autre que celui de la Seconde Guerre Mondiale, et il se prescrit alors par trente ans ; soit le crime a été commis après l'entrée en vigueur de la réforme et il est alors imprescriptible.

Le législateur, en refusant de sanctionner rétroactivement des crimes contre l'humanité qui n'étaient pas incriminés au moment de leur commission, fait donc primer le principe de légalité des délits et des peines sur les exigences de répression des infractions les plus graves ; si, par ce mécanisme de l'imprescriptibilité, le législateur a la possibilité de décider que certains faits ne doivent jamais échapper aux poursuites, il n'en oublie pas pour autant les

³⁴ Crim. 26 janvier 1984, aff. BARBIE, Bull. crim. n°34, JCP 1984.II.20197, concl. DONTENWILLE, rapp. C. LE GUNEHÉC.

³⁵ Juliette LELIEUR-FISCHER, *L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal ?*, RSC 2004, p. 31

exigences de la légalité qui s'opposent à la rétroactivité de telles prévisions. Le droit pénal peut être amené à traiter de faits qui, par leur ancienneté, sont considérés comme revêtant une dimension historique, mais cette possibilité doit avoir été prévue par la loi, la réponse pénale ne pouvant en aucun cas s'affranchir des principes de légalité qui fondent la matière.

Le droit pénal s'est doté de différents outils législatifs lui permettant d'opérer un retour sur le passé ; mais la fonction répressive nécessite l'intervention du juge qui se doit d'assimiler, par le biais de la qualification juridique, ces faits relevant de l'histoire.

CHAPITRE 2. L'ASSIMILATION JUDICIAIRE DE FAITS HISTORIQUES

L'assimilation par le droit pénal de faits historiques n'appartient pas uniquement au législateur ; le juge, chargé d'appliquer les règles édictées par celui-ci, est bien évidemment amené à connaître de ces faits. Pour appliquer les règles de droit, le juge procède par syllogisme : dans un premier temps, il énonce, de manière abstraite, la règle de droit applicable aux faits qui lui sont soumis : c'est la majeure du syllogisme. Puis, il indique quelle traduction juridique doivent recevoir les faits en question ; il s'agit là de la mineure, par laquelle les faits reçoivent une qualification juridique. Le juge applique ensuite la règle de droit ainsi identifiée (la majeure) aux faits de l'espèce (la mineure) : il tire une conclusion, qui n'est autre que la solution au problème juridique sur lequel il doit se prononcer.

Tel est le schéma que nous suivrons dans ce développement : le juge est en effet conduit à connaître des faits historiques aux différentes étapes de ce processus, tant dans le cadre de l'identification de la règle applicable (section 1) que dans l'application de cette règle aux faits historiques (section 2).

SECTION 1. L'IDENTIFICATION DE LA REGLE APPLICABLE

La première mission du juge, avant même de décider si les faits qui sont portés à sa connaissance tombent ou non sous le coup de la loi pénale, est d'identifier les qualifications juridiques qu'ils sont susceptibles de recevoir. Il lui revient donc de déterminer les règles applicables et, éventuellement, d'en préciser le sens. Or, certaines qualifications pénales revêtent une dimension éminemment historique ; le juge pénal est donc amené à manier diverses qualifications et à les interpréter (II) et, selon l'interprétation adoptée, à soumettre ou non les faits historiques à son contrôle. Encore faut-il identifier préalablement les juridictions à même d'effectuer cette mission (I).

I. Les juridictions susceptibles d'appliquer la règle

Lorsque le droit pénal rencontre l'histoire, le contexte est généralement celui de comportements particulièrement graves pour la société : les règles mises en œuvre ont donc très souvent trait aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Cela explique, nous l'avons dit, qu'il soit dérogé aux règles habituelles d'application dans le temps de la loi pénale, mais également que des règles particulières de procédure soient appliquées. Peuvent ainsi être confrontés aux faits historiques plusieurs types de juridictions, juridictions tant internes (I) qu'internationales (II).

A. Les juridictions internes

Les juridictions de droit commun ne sont pas les seules à connaître, en droit interne, des faits historiques (1) : il arrive également que des juridictions soient créées spécialement à cet effet (2).

1. Les juridictions de droit commun

Tout d'abord, il convient de mentionner une formation spéciale de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui est amenée, par sa nature même, à connaître de faits historiques : il s'agit de la Cour de révision. En effet, les articles 622 à 626 du Code de procédure pénale prévoient que cette formation est amenée à traiter des pourvois en révision, voies de recours extraordinaires par lesquelles une décision pénale définitive reconnaissant une personne coupable d'un crime ou d'un délit, pourtant revêtue de l'autorité de chose jugée, peut être

annulée pour erreur de fait. Le pourvoi en révision permet d'accorder une réparation tant morale que matérielle à la victime d'une erreur judiciaire, mais aussi de procéder à la condamnation du véritable coupable lorsqu'il est identifié.

Le pourvoi en révision peut amener la Chambre criminelle de la Cour de cassation à connaître de faits très anciens, puisque le dépôt de la demande en révision n'est soumis à aucun délai et peut intervenir à tout moment. Ainsi la Cour de révision a-t-elle pu traiter en 2006 de l'affaire Seznec, dont la condamnation remontait pourtant à 1924. Notons également l'existence d'un recours en révision contre les condamnations prononcées pour outrages aux bonnes mœurs commis par la voie du livre³⁶, et qui a permis à la Chambre criminelle, le 31 mai 1949, de réviser et annuler la condamnation prononcée en 1857 contre Charles Baudelaire pour la publication des *Fleurs du Mal*.

Au-delà des procès en révision, les dernières décennies ont vu se dérouler nombre de procès dits « historiques », qui ont pu avoir lieu grâce aux mécanismes de rétroactivité et d'imprescriptibilité évoqués précédemment. Ainsi de nombreux criminels nazis ont-ils été poursuivis et jugés près de cinquante ans après la commission des faits. Autant le régime de prescription était inhabituel, autant les juridictions saisies relevaient quant à elles du droit commun.

Le dernier procès de Klaus Barbie, du 11 mai au 4 juillet 1987, s'est ainsi déroulé devant la Cour d'assises du Rhône ; celui de Paul Touvier, du 17 mars au 20 avril 1994, devant la Cour d'assises de Versailles. Maurice Papon fut quant à lui jugé d'octobre 1997 à avril 1998 par la Cour d'assises de la Gironde. Les juridictions de droit commun sont donc amenées à connaître de ces faits historiques, dans des conditions presque habituelles.

Une particularité cependant doit être notée : afin de laisser une trace de ces procès, pour l'histoire précisément, la plupart d'entre eux furent filmés. Une loi du 11 juillet 1985³⁷, reprise aujourd'hui par l'article L221-1 du Code du patrimoine, dispose en effet que « les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par le présent titre lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ». Cette possibilité témoigne de l'importance que revêtent de tels procès et de la

³⁶ Loi n°46-2064 du 25 sept. 1946 ouvrant un recours en révision contre les condamnations prononcées pour outrages aux bonnes mœurs commis par la voie du livre.

³⁷ Loi n°85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice.

nécessité d'en conserver la trace le plus longtemps possible, la procédure pénale se faisant ainsi témoin de l'histoire à double titre : la création d'archives judiciaires permet de conserver la preuve des infractions qui avaient pu être commises par le passé, mais aussi de montrer la sanction que la société décida par la suite d'infliger aux auteurs de ces infractions à l'occasion de leur procès. Il s'agit ici de la dimension mémorielle du droit et de la procédure pénale, sur laquelle nous reviendrons plus longuement par la suite.

Il faut noter que ces différents procès, menés dans le respect des règles de procédure, ont cependant eu lieu longtemps après la commission des faits : les esprits étant relativement apaisés, les procès se déroulèrent dans une ambiance sereine, ce qui explique la possibilité de faire appel aux juridictions de droit commun. Mais tel n'a pas toujours été le cas, et il est arrivé que des juridictions soient spécialement créées pour connaître d'évènements historiques.

2. *Les juridictions ad hoc*

Au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, des juridictions furent spécialement créées pour juger les nazis, collaborateurs et autres miliciens. Ce sont les procès dits « d'épuration », par lesquels la société française avait à cœur d'évincer ses « mauvais » éléments. Ces juridictions ont été amenées à appliquer les qualifications spécifiques telles que l'indignité nationale évoquée précédemment, ainsi que les qualifications de droit commun. Même si ces procès se tinrent immédiatement après la commission des faits, il faut les considérer comme ayant permis de juger les acteurs de l'histoire, la proximité temporelle ne faisant pas obstacle au caractère manifestement historique des événements qui venaient de bouleverser le pays. La dimension extraordinaire des crimes commis et le contexte particulier du conflit mondial a engendré la conscience de la nécessité d'une réponse pénale adaptée, visant précisément à prendre acte du caractère historique des événements afin qu'ils ne puissent se reproduire.

Les juridictions d'épuration, que d'aucuns critiquèrent et continuent de critiquer pour leur caractère prétendument expéditif, se sont en réalité avérées relativement performantes et justes malgré le contexte d'une France anéantie par cinq ans d'occupation.

Les critiques sont nées du fait que les juridictions créées dès 1944, supposées garantir un procès équitable, ont en réalité nié les droits élémentaires de la défense. Ainsi, lorsque Pierre

Laval comparait devant la Haute Cour de Justice en octobre 1945, il ne bénéficie préalablement d'aucun accès au dossier, aucune liberté de communication ne lui est accordée et il ne peut faire citer aucun témoin³⁸.

Néanmoins, l'organisation des procès d'épuration est relativement organisée. Dès septembre 1943, le Comité Français de Libération Nationale, co-présidé par le général de Gaulle et Henri Giraud, décide « d'assurer, dès que les circonstances le permettront, l'action de la Justice à l'égard du maréchal Pétain et de ceux qui font ou ont fait partie de ses gouvernements »³⁹. Ainsi, Pierre Pucheu, secrétaire d'Etat à l'Intérieur du gouvernement de Vichy de 1941 à 1942, est le premier membre de ce gouvernement à faire l'objet d'un procès dans le cadre de l'épuration : il est condamné à mort puis fusillé dès le 20 mars 1944.

Les cours de justice sont créées le 26 juin 1944⁴⁰, sur le modèle des cours d'assises. L'ordonnance prévoit que ces cours sont instituées pour « juger les faits (...) qui constituent des infractions aux lois pénales en vigueur le 16 juin 1940, lorsqu'ils révèlent l'intention de leurs auteurs de favoriser les entreprises (...) de l'ennemi ». L'article premier précise que cette répression doit avoir lieu « nonobstant les lois en vigueur » au moment de la commission des faits : la législation du gouvernement de Vichy est tout simplement niée par l'ordonnance. Cette dernière fait également de nombreuses références au Code pénal, ce qui témoigne de la volonté du législateur de revenir au principe de légalité républicaine. Ainsi se réfère-t-on, pour définir le crime de trahison, à la définition qui en était donnée par l'article 75 du Code pénal. Le texte de l'ordonnance précise également que les décrets-lois pris par « l'autorité de fait se disant gouvernement de l'Etat français » ne peuvent en aucun cas servir de fait justificatif au sens de l'article 327 du Code pénal.

L'encadrement des procès d'épuration illustre la volonté du Comité Français de Libération Nationale, puis du Gouvernement Provisoire de la République Française qui en est la continuation, d'organiser une répression officielle et d'éviter une épuration « sauvage » et désordonnée. En effet, une procédure organisée et répondant aux exigences de légalité est le seul moyen de garantir la légitimité des procès d'épuration et d'éviter les critiques futures. L'étude des différentes instances qui se déroulèrent dans le cadre des cours de justice montre

³⁸ Denis SALAS, « La transition démocratique française après la Seconde Guerre Mondiale », in *La Justice de l'épuration à la fin de la Seconde Guerre Mondiale*, op. cit.

³⁹ V. J.-L. CREMIEUX-BRILHAC, « Avant la Libération : la politique de la Justice à Alger et le procès Pucheu (1943-1944) » ; in *La Justice de l'épuration à la fin de la Seconde Guerre Mondiale*, op. cit.

⁴⁰ Ordonnance du 26 juin 1944 relative à la répression des faits de collaboration, publiée au J.O. du G.P.R.F le 6 juillet 1944.

que la justice qui fut rendue l'a été de manière « ferme mais équitable », les juridictions ayant satisfait à l'exigence minimale de motivation de leurs décisions⁴¹.

Les juridictions internes peuvent donc être amenées, à plus ou moins court terme, à juger des événements relevant de l'histoire. Mais tel peut également être l'office des juridictions internationales.

B. Les juridictions internationales

Nous l'avons dit, lorsque le droit pénal connaît de faits historiques, c'est généralement que les comportements poursuivis ont porté ou portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux. Or, il s'agit là d'un domaine d'action privilégié pour les juridictions internationales, en raison du consensus existant entre les Nations sur la nécessité de protéger ces droits. Cette communauté de valeurs explique la mise en place progressive d'une justice pénale internationale.

L'idée d'une justice pénale internationale était apparue dès la fin de la Première Guerre Mondiale, puisque le traité de Versailles avait prévu que l'empereur Guillaume II devait être jugé par un tribunal spécial, composé de cinq juges représentant respectivement les Etats-Unis, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et le Japon. Les puissances alliées avaient en effet décidé de sa mise en accusation pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités »⁴². Néanmoins, cette juridiction n'eut pas l'occasion de siéger, car le gouvernement des Pays-Bas, où Guillaume II s'était réfugié, refusa de l'extrader.

L'étape décisive dans la création d'une justice pénale internationale fut bien évidemment l'instauration, le 8 août 1945, du Tribunal Militaire International, sous la juridiction duquel se déroulèrent les procès de Nuremberg ; elle est à rapprocher de la création, le 19 janvier 1946, du Tribunal Militaire International pour l'Extrême-Orient destiné à juger les grands criminels de guerre japonais.

La dimension historique des procès de Nuremberg fut remarquée d'emblée, puisque l'Attorney General Robert Jackson, chargé de l'accusation pour les Etats-Unis, nota : « Le

⁴¹ Virginie SANSICO, « La Cour de justice de Lyon, section du Rhône (septembre 1944 – juillet 1949) », in *La Justice de l'épuration à la fin de la Seconde Guerre Mondiale*, op. cit.

⁴² Traité de Versailles du 28 juin 1919, partie VII, article 227.

procès que nous entamons contre les principaux inculpés a trait au plan de domination nazi, et non aux actes individuels de cruauté qui se sont produits hors de tout plan concerté. Notre procès doit constituer un historique bien documenté de ce qui était, nous en sommes convaincus, un plan d'ensemble, conçu en vue d'inciter à commettre des agressions et les actes de barbarie qui ont indigné le monde »⁴³. La volonté de dépasser les agissements individuels pour juger un système dans son ensemble témoigne de la dimension particulière de ces procès ; dans la liste des accusés figurent d'ailleurs, outre la plupart des hauts dignitaires nazis, la Gestapo, la S.S., la S.A., l'Etat Major général ainsi que le Haut commandement des forces armées allemand.

Les procès de Nuremberg firent l'objet de critiques, puisque certains considérèrent qu'ils relevaient davantage d'une vengeance des vainqueurs que d'une véritable justice, thèse étayée par l'application rétroactive de l'incrimination de crime contre l'humanité. L'Attorney General Robert Jackson rappela cependant dans son propos liminaire la nécessité de faire preuve d'équité : « La disparité énorme qui existe entre la situation des accusateurs et celle des accusés pourrait discréditer notre action si nous hésitions à faire preuve d'équité et de modération, même sur des points mineurs [...] Nous ne devons jamais oublier que les faits pour lesquels nous jugeons ces accusés sont ceux pour lesquels l'histoire nous jugera demain. Leur donner une coupe empoisonnée, c'est aussi la porter à nos lèvres. Nous devons accomplir notre tâche avec détachement et intégrité intellectuelle afin que ce procès représente pour la postérité la réalisation des aspirations humaines à la justice ».

L'existence de juridictions spéciales a donc une vocation clairement historique, puisqu'il s'agit non seulement de juger les crimes commis par le passé, mais aussi de se prémunir contre les accusations futures de justice bâclée.

Par la suite, la création d'une juridiction pénale internationale permanente, voulue par les Nations Unies, n'a pu être mise en œuvre en raison de la guerre froide qui rendait toute entente impossible sur ce point entre les pays membres du bloc de l'Est et ceux de l'Ouest.

Cependant, des tribunaux pénaux internationaux ad hoc furent créés durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle pour juger de différents crimes contre l'humanité : ainsi de la création le 25 mai 1993 du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) par le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies, ou de celle, le 8 novembre 1994, du Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) destiné à connaître des génocides et des violations

⁴³ Annette WIEVIORKA, *Le procès de Nuremberg*, éd. Liana Levi, Paris, 2006, p. 21.

des droits de l'Homme commis sur ce territoire. Il faut noter également l'existence du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone (TSSL), créé en janvier 2002, destiné à juger les crimes commis durant la guerre civile qui se déroula de mars 1991 à janvier 2002. Ce tribunal n'est cependant pas un tribunal pénal international à proprement parler, puisqu'il siège en territoire sierra-léonais et a vocation à appliquer tout à la fois droit international et droit interne.

La création d'une Cour Pénale Internationale fut lente et laborieuse. L'histoire, et notamment les crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda, témoignaient cependant de l'urgence et de la nécessité de créer une juridiction pénale internationale permanente. Les tribunaux pénaux internationaux rencontrent en effet des difficultés : ils sont éloignés du lieu de commission des infractions, les procédures sont lentes et la coopération judiciaire internationale défailante.

Le Traité de Rome, issu de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies et qui définit le statut de la Cour Pénale Internationale, fut signé le 17 juillet 1998 et entra en vigueur le 1^{er} juillet 2002 après l'obtention d'une soixantième ratification.

Notons cependant que la Cour Pénale Internationale, si elle est inspirée par l'histoire (la définition dans son statut des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre est en partie inspirée de celle du Statut du Tribunal Militaire International), ne peut cependant pas connaître de faits révolus : la rétroactivité des dispositions contenues dans son statut est en effet exclue⁴⁴. La non-rétroactivité des traités, quoique non impérative, est en effet affirmée par la Convention de Vienne, qui dispose qu'« à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date »⁴⁵.

L'existence d'une juridiction pénale internationale est révélatrice de l'influence que peut avoir l'histoire sur le droit : une telle juridiction n'aurait sans doute pas vu le jour sans le souvenir des atrocités commises lors des conflits ayant ébranlé le monde entier au cours du XX^{ème} siècle. Une criminalité d'un type nouveau s'est fait jour, et la nécessité d'une réponse pénale adéquate a entraîné une réaction quasi-unanime, quoique lente, au niveau international.

⁴⁴ Art. 24 du Statut de la Cour Pénale Internationale.

⁴⁵ Convention de Vienne du 23 mai 1969 relative au droit des traités, art. 28.

Une fois identifiées les différentes juridictions pouvant être amenées à traiter de l'histoire, il convient de s'interroger sur les qualifications juridiques dont elles doivent connaître.

II. Variété et interprétation des qualifications

Les juridictions répressives sont amenées à connaître de l'histoire par le truchement de diverses incriminations (A), mais c'est surtout lorsqu'elles sont chargées d'en interpréter le sens et la portée qu'elles peuvent influencer sur la façon dont le droit pénal appréhende l'histoire (B).

A. La variété des qualifications appliquées

A titre liminaire, remarquons que le juge peut être amené à évaluer le « caractère historique » d'un immeuble ou d'une chose, et ce dans le cadre de plusieurs infractions. Le caractère historique de certains sites ou monuments fait en effet l'objet d'une protection pénale. Ainsi le caractère historique d'un immeuble peut-il justifier une interdiction d'en faire le support d'un affichage publicitaire (art. L581-4 du Code de l'environnement) : en cas de litige sur ce caractère « historique », le juge sera amené à décider de manière très concrète de ce que l'adjectif « historique » recouvre.

De la même manière, en matière de destructions et de dégradations, le Code pénal a longtemps institué en circonstance aggravante le fait que le bien détruit ou dégradé présente un caractère historique⁴⁶. Le Code de l'environnement prévoit d'ailleurs des sanctions pénales en cas de destruction, mutilation ou dégradation d'un monument ou site classé⁴⁷.

Le juge doit donc dans certains cas s'assurer que les meubles et immeubles présentant un intérêt historique ne sont pas l'objet d'atteintes inconsidérées, et pour se faire il lui revient d'apprécier cette dimension historique même s'il peut pour cela utiliser les cadres fournis par le Code du patrimoine et la définition que celui-ci donne des monuments historiques.

Notons également que certaines infractions pénales peuvent porter sur des biens historiques, comme le vol ou l'escroquerie.

⁴⁶ Ancien art. 322-2 C. pén.

⁴⁷ Art. L341-20 C. env.

Mais surtout, les juridictions sont amenées à traiter de l'histoire dans le cadre d'infractions imprescriptibles comme les crimes contre l'humanité. Une application rétroactive de ces infractions et de la loi prônant leur imprescriptibilité a d'ailleurs été faite, ce qui, nous l'avons dit, n'a pas été sans susciter de critiques.

Dès lors qu'une infraction est imprescriptible, elle peut être jugée fort longtemps après sa commission : potentiellement, chacune de ces infractions peut être jugée alors que les faits relèvent de l'histoire en raison de leur éloignement temporel (même s'il ne s'agit pas là du seul critère permettant de parer un fait d'une dimension historique). Il en va donc ainsi des crimes contre l'humanité dans leur ensemble (crime contre l'humanité *stricto sensu* et génocide), mais pas uniquement.

En effet, si les crimes contre l'humanité sont les seuls à être déclarés explicitement imprescriptibles par le Code pénal, tant au point de vue de l'action publique que de la peine, il existe néanmoins d'autres infractions qu'une partie de la doctrine considère comme imprescriptibles *de facto*. C'est le cas notamment en droit pénal des affaires, où bon nombre d'infractions connaissent un régime de prescription tel que les juges peuvent avoir à en connaître longtemps après leur commission.

Par exemple, en matière d'abus de confiance, la Cour de cassation décide que le point de départ de la prescription de l'action publique doit être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de cette action⁴⁸. Pareillement, la Haute juridiction décide du report du point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière de tromperie ou d'abus de biens sociaux notamment. Dans toutes ces hypothèses, les infractions acquièrent un caractère quasi-imprescriptible, ce qui va dans le sens du caractère historique de certains faits dont les juges peuvent être amenés à connaître.

Il en est de même en matière d'infractions sexuelles commises sur des mineurs : là encore, le délai de prescription de l'action publique est dérogatoire. En effet, l'article 7 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que « le délai de prescription de l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code et le crime prévu par l'article 222-10 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, est de vingt ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers ». Le délai de prescription de l'action publique est donc étendu, et son point de départ reporté : cela s'explique par le fait que de nombreuses violences sexuelles commises sur des mineurs le sont dans le cadre familial, et que les jeunes victimes

⁴⁸ Cass. Crim., 5 juillet 1945, Bull. crim. n°76.

n'ont cependant pas la possibilité d'engager des poursuites avant leur majorité ; il est en outre reconnu que les victimes ont généralement besoin de beaucoup de temps pour prendre la décision d'agir pénalement contre l'auteur de ce genre d'agressions.

Il s'ensuit que, ici encore, les juridictions répressives pourront être saisies longtemps après la commission de l'infraction : si un viol est commis sur un mineur de 8 ans, le point de départ de la prescription de l'action publique ne commencera à courir qu'à ses dix-huit ans, et la prescription ne sera alors acquise qu'au bout de vingt ans : la victime a donc la possibilité d'engager des poursuites près de trente ans après les faits.

Ainsi identifiées les différentes infractions dans le cadre desquels le juge répressif peut avoir à connaître du passé, il faut désormais se concentrer sur la nécessité pour celui-ci de les interpréter.

B. L'interprétation des qualifications

Nous nous concentrerons ici sur les crimes contre l'humanité, infractions qui engendrent la majorité du contentieux touchant à l'histoire. Ils constituent en effet le cadre principal dans lequel les juridictions ont vocation à traiter de celle-ci, et c'est pourquoi il est important de se pencher sur les difficultés qui sont apparues quant à leur définition, largement inspirée par le droit international. La notion de crime contre l'humanité étant à l'origine une création du droit international, le juge français a en effet été amené à se référer aux instruments internationaux pour préciser le contenu de cette infraction.

La notion de crime contre l'humanité est apparue pour la première fois dans le statut du Tribunal Militaire International issu de l'Accord de Londres du 8 août 1945. Le crime contre l'humanité y est défini comme « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »⁴⁹. La notion n'est apparue en droit interne qu'avec la loi du 26 décembre 1964 constatant l'imprescriptibilité des crimes contre

⁴⁹ Art. 6c du statut du Tribunal Militaire International.

l'humanité. Nous ne reviendrons pas ici sur le caractère rétroactif de cette disposition, évoqué précédemment.

La loi de 1964 ne définit pas le crime contre l'humanité ; elle se contente de renvoyer à la définition qui en est donnée par le statut du Tribunal Militaire International. Or, jusqu'en 1994, date d'entrée en vigueur de la réforme du Code pénal, et donc des incriminations spécifiques de crimes contre l'humanité, le juge répressif ne disposait d'aucun élément de définition de ces infractions en droit interne.

La première définition qui fut donnée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation date du 6 février 1975, dans le cadre du procès de Paul Touvier⁵⁰ : la Cour y définit les crimes contre l'humanité comme des « crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit ». Le manque de précision de la définition montre l'embarras de la juridiction pour en déterminer les contours ; elle fut donc modifiée par la suite.

En effet, différentes définitions des crimes contre l'humanité ont été données « au coup par coup »⁵¹ : tantôt « crimes contre les collectivités » dans un arrêt du 29 octobre 1982, tantôt « actes inhumains et persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition »⁵². Cette dernière création jurisprudentielle a fait l'objet de vives critiques, car semblant inspirée par les circonstances de l'espèce. S'agissant de juger Klaus Barbie, les juges ont étendu la définition du concept afin de permettre une répression accrue ; ils ont en effet intégré, par cette définition, certains crimes de guerre aux crimes contre l'humanité afin de les faire bénéficier de l'imprescriptibilité dont jouissent ces derniers. Par ailleurs, le fait que les crimes aient été commis « au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique » est érigé en élément constitutif de l'infraction, chose inédite et contraire à la définition figurant dans le statut du Tribunal Militaire International⁵³. La Cour de cassation ajoute ici une composante à l'élément moral de l'infraction, à savoir la conscience de participer à une « politique d'hégémonie idéologique », alors que l'élément intentionnel du crime contre l'humanité a davantage trait à l'appartenance de la victime à une race ou une religion déterminée.

⁵⁰ Cass. Crim., 6 février 1975, D. 1975, 386.

⁵¹ Michel MASSE, *L'affaire Touvier, qualification de crime contre l'humanité*, RSC 1993, p. 372.

⁵² Cass. Crim., 20 décembre 1985, JCP 1986.II.20655 (aff. Barbie).

⁵³ Catherine GRYNFOGEL, *Touvier et la justice, une affaire de crime contre l'humanité ?*, RSC 1993, p. 62.

Mais la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris s'est ensuite appuyée sur cette définition pour prononcer le 13 avril 1992 un non-lieu à l'encontre de Paul Touvier, ancien milicien responsable notamment de l'exécution de sept otages juifs à Rillieux-la-Pape. Elle y jugea en effet que le milicien avait agi au nom de l'Etat français, qui ne menait pas à proprement parler une « politique d'hégémonie idéologique ». Cette solution fut cassée par la Cour de cassation⁵⁴ : « (puisqu') aux termes de l'article 6 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, les auteurs ou complices de crimes contre l'humanité ne sont punis que s'ils ont agi pour le compte d'un pays européen de l'Axe, la chambre d'accusation ne pouvait, sans se contredire, déclarer que les assassinats poursuivis ne constituaient pas des crimes contre l'humanité tout en relevant qu'ils avaient été perpétrés à l'instigation d'un responsable de la Gestapo, organisation déclarée criminelle comme appartenant à un pays ayant pratiqué une politique d'hégémonie idéologique ».

Cette définition ambiguë semble assimiler politique d'hégémonie idéologique et pays de l'Axe⁵⁵, ce qui a eu par la suite pour effet de restreindre le champ d'application des crimes contre l'humanité : en dehors des actes commis pour le compte de pays de l'Axe, point de crime contre l'humanité. Ainsi les crimes commis lors du conflit indochinois se virent-ils dénié cette qualification⁵⁶, de même que ceux commis durant la guerre d'Algérie⁵⁷.

L'incrimination des crimes contre l'humanité dans le Code pénal est donc apparue indispensable, sans qu'il soit fait référence à la Seconde Guerre Mondiale et aux crimes commis au nom du régime nazi. Les articles 211-1 et suivants du Code donnent donc désormais une définition de ces crimes, définition qui, rappelons-le, ne pourra rétroagir : il est donc impossible d'appliquer ces qualifications aux crimes commis en Indochine ou en Algérie que nous venons d'évoquer.

On le voit, le juge répressif est amené à manipuler différentes incriminations dans le cadre de procès revêtant une dimension historique. La façon dont il appréhende l'histoire est influencée par la définition qu'il donne de ces infractions, pouvant ainsi les faire ou non échapper à son contrôle. Mais surtout, le juge peut être conduit à agir en véritable historien, car lui incombe ensuite la lourde tâche de décider si les faits qui lui sont soumis tombent ou non sous le coup des infractions dont il vient de clarifier la définition.

⁵⁴ Cass. Crim., 27 novembre 1992, Bull. crim. n°394.

⁵⁵ Michel MASSE, *L'affaire Touvier, qualification de crime contre l'humanité*, préc.

⁵⁶ Cass. Crim., 1^{er} avril 1993, Bull. crim. n°143.

⁵⁷ Cass. Crim., 17 juin 2003, D. 2004, 92.

SECTION 2. L'APPLICATION DE LA REGLE AUX FAITS HISTORIQUES

Une fois la règle applicable clairement identifiée, le juge doit décider si les faits entrent ou non dans les prévisions de celle-ci. Il lui revient alors d'interpréter les faits (I), car il ne peut leur appliquer une règle de droit sans en avoir préalablement étudié la teneur exacte. Mais ce faisant, le juge est confronté à un certain nombre de difficultés tenant précisément à la dimension historique des faits en question (II).

I. La nécessaire appréciation des faits

Une fois que le juge a déterminé la règle susceptible d'être appliquée à l'espèce qui lui est soumise, il lui revient de décider si, effectivement, les faits entrent dans les prévisions de la qualification ainsi identifiée. Pour se faire, le juge ne peut faire l'économie d'une appréciation circonstanciée des faits, que ceux-ci soient ou non éloignés dans le temps. Le pouvoir du juge quant à l'appréciation des faits qui lui sont soumis s'exprime en deux temps : d'abord par la faculté qui lui appartient de sélectionner les faits pertinents (A), ensuite par l'interprétation qu'il donne des faits ainsi retenus (B).

A. La sélection des faits

Bien plus encore que les juges du siège, les autorités de poursuite sont amenées à entrer dans le détail des faits historiques et à sélectionner ceux qui sont susceptibles ou non d'être imputés à la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction.

A titre d'exemple, pour décider, le 18 septembre 1996, de renvoyer Maurice Papon devant la Cour d'assises, le Parquet général de la Cour d'appel de Bordeaux a dû opérer un tri entre les différents faits qui pouvaient ou non lui être imputés. Maurice Papon était poursuivi pour avoir pris part aux opérations de déportation de nombreux Juifs. Le réquisitoire définitif de l'avocat général commence par écarter sa responsabilité dans six des dix convois visés par les plaintes des parties civiles, se fondant par exemple sur son éloignement géographique à la date des faits. En revanche, le Parquet général estime que Maurice Papon, « sous l'autorité de

Maurice Sabatier (préfet régional) et en exécution d'ordres allemands, dans tous les cas ratifiés par les autorités gouvernementales de Vichy, a joué un rôle actif lors des arrestations du 15 juillet 1942 et dans l'organisation des convois qui partirent de Bordeaux les 18 juillet 1942, 26 août 1942, 26 octobre 1942 et 12 janvier 1944 ».

Le ministère public, dans sa mission d'enquête, est donc amené à opérer une première sélection parmi les faits qui lui sont soumis, ce qui exige pour lui d'effectuer un véritable travail de recherche historique du fait de l'ancienneté des événements en cause.

Une fois que le ministère public a renvoyé l'auteur des faits devant la juridiction répressive, cette dernière a également la faculté d'apprécier si, parmi les faits qui sont reprochés à l'accusé, tous peuvent ou non recevoir une qualification pénale.

Ainsi, dans l'affaire Paul Touvier que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, le juge d'instruction avait transmis six dossiers à la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris. Celle-ci, par son arrêt du 13 avril 1992, ne décida d'en retenir qu'un, relatif au massacre de Rillieux-la-Pape, et écarta les cinq autres au motif que les charges étaient insuffisamment ou mal fondées⁵⁸. Sur ce point, la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁹ ne reforma d'ailleurs pas la position des juges du fond.

Une fois sélectionnés, les faits doivent faire l'objet d'une interprétation par les juges, ce qui conduit nécessairement ces derniers à entrer dans le détail de considérations historiques.

B. L'interprétation des faits

Les juges répressifs ont eu l'occasion, à plusieurs reprises, d'apprécier des faits historiques pour déterminer s'ils devaient ou non tomber sous le coup de la loi pénale.

Un premier exemple marquant concerne les événements qui se déroulèrent en Algérie entre 1954 et 1962. Longtemps, il a été fait référence à cette « opération de maintien de l'ordre » sous la dénomination d'« événements d'Alger » ou d'« événements d'Algérie » ; on a pu parler même de « guerre sans nom ». Ce n'est qu'en 1999 que les parlementaires décidèrent

⁵⁸ Catherine GRYNFOGEL, *Touvier et la justice, une affaire de crime contre l'humanité ?*, préc.

⁵⁹ Cass. Crim., 27 novembre 1992, pourvoi n°92-82409.

de désigner officiellement le conflit par le terme de « guerre »⁶⁰. Pour autant, la question s'est posée devant les tribunaux de savoir si les crimes commis durant le conflit pouvaient être qualifiés de crimes de guerre.

En 2001, le général Paul Aussaresses publia un ouvrage intitulé « *Services spéciaux – Algérie 1955-1957* » ; la Cour d'appel de Paris le condamna le 25 avril 2003 pour apologie de crimes de guerre. Nous reviendrons plus loin sur cette incrimination et les atteintes qu'elle est susceptible de porter à la liberté d'expression. Ce qu'il est intéressant ici de remarquer, c'est que le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris fait valoir notamment que la qualification même de guerre ne peut convenir aux événements d'Algérie : il fait valoir en effet « qu'un acte de torture ne peut constituer un crime de guerre qu'autant qu'à la date où il a été perpétré, son auteur a eu conscience de l'existence d'un "conflit armé" au sens des conventions de Genève précitées ; (...) qu'en l'espèce, à l'époque des actes de torture relatés par le général X... dans son ouvrage intitulé "*Service Spéciaux Algérie - 1955-1957*", les militaires servant en Algérie ne pouvaient en aucun cas avoir conscience de l'existence d'un "conflit armé" dès lors que la thèse officielle du Gouvernement français était que les militaires participaient à une opération de "pacification" c'est-à-dire de maintien de l'ordre (...) »⁶¹.

La Cour de cassation rejeta l'argument, reprenant les motifs de la Cour d'appel pour qualifier la guerre d'Algérie de « conflit armé » et ainsi reconnaître la qualification de crimes de guerre aux tortures et exécutions sommaires qui eurent lieu durant cette période⁶². Cela s'explique notamment par le fait que le premier protocole additionnel aux Conventions de Genève adopté le 8 juin 1977 précise que les Conventions de 1949, qui définissent les règles de protection des personnes en cas de conflit armé, s'appliquent « aux conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »⁶³.

De même, dans l'affaire Paul Touvier évoquée précédemment, le non-lieu prononcé par la Chambre d'accusation le 13 avril 1992 avait fait l'objet de vives critiques, notamment en raison de l'interprétation à laquelle s'étaient livrés les juges pour déterminer si l'Etat français pratiquait durant la Seconde Guerre Mondiale une « politique d'hégémonie idéologique ».

⁶⁰ Loi n°99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc ».

⁶¹ Cass. Crim., 7 décembre 2004, pourvoi n°03-82832.

⁶² Damien ROETS, *L'apologie des crimes de guerre commis en Algérie hors du champ de protection de la Convention européenne des droits de l'homme*, D. 2005 p. 1341.

⁶³ Art. 1^{er} §4 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté le 8 juin 1977.

Dans son arrêt de cassation, la Haute juridiction rappelle les arguments développés par les juges : « se fondant particulièrement sur une considérable bibliographie, ils parviennent à la conclusion que l'Etat vichyssois ne pratiquait pas une politique d'hégémonie idéologique, considérant que sa politique de collaboration avec l'Etat national-socialiste allemand était essentiellement pragmatique »⁶⁴. Les juges avaient également fait valoir que, « malgré les mesures antisémites adoptées, jamais n'avait été proclamé, comme en Allemagne, que le Juif était l'ennemi de l'Etat ; qu'enfin la Milice, l'une des composantes de l'Etat français, qui avait des visées hégémoniques et avait parmi ses objectifs la lutte contre la lèpre juive pour la pureté française, n'était pas parvenue à transformer l'Etat autoritaire en Etat totalitaire ».

On le voit, pour déterminer si les exactions commises par le milicien Paul Touvier étaient constitutives de crimes contre l'humanité, la Chambre d'accusation avait jugé nécessaire de se livrer à une analyse détaillée du régime de Vichy, opérant une distinction entre régime autoritaire et régime totalitaire ; la Cour de cassation ne manque pas de souligner que la Chambre d'accusation s'était appuyée sur une « considérable bibliographie ».

La Chambre d'accusation a cru devoir entrer dans le détail de la politique du gouvernement de Vichy, mais, au-delà du caractère critiquable des conclusions qu'elle a pu tirer de son analyse, c'est surtout le principe même du juge agissant en historien qui a été dénoncé.

II. Les difficultés liées à l'interprétation des faits historiques

Lorsqu'il interprète les faits historiques, le juge ne peut manquer d'être influencé dans sa mission par les circonstances, par les attentes nombreuses qui sont placées dans les procès dits « historiques » (A). Mais surtout, il est alors amené à se comporter en historien, ce qui ne semble pas relever de son office (B).

A. Un juge influencé par les circonstances

Dans l'ensemble des affaires ayant donné lieu à des poursuites plusieurs décennies après les faits, une dimension particulière est à prendre en compte, liée au recul dont la société dans son ensemble bénéficie pour apprécier les événements en cause : il s'agit de la dimension « affective » de ce genre de procès.

⁶⁴ Cass. Crim., 27 novembre 1992, pourvoi n°92-82409 (aff. Touvier).

En effet, les procédures concernées ont bien souvent trait, nous l'avons dit, aux pages les plus sombres de notre histoire. La volonté d'apporter une réponse pénale la plus sévère possible n'en est que plus forte. Les acteurs de ce genre de procès ne peuvent donc manquer d'être influencés par leurs émotions propres, parfois par leur histoire personnelle, et même par les exigences de fermeté que la population n'a de cesse d'exprimer.

Cette difficulté a été clairement exprimée par Monsieur le Conseiller Le Gunehec dans son rapport relatif à l'affaire Klaus Barbie et qui précède l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 décembre 1985 : « (...) pour la plupart d'entre nous, les actes que nous aurons à qualifier juridiquement – ou des faits similaires – ont marqué notre adolescence et notre jeunesse : nous en avons été les témoins, lorsque nous n'en étions pas les victimes, directes ou indirectes. C'est pourquoi nous devons, au cours de notre délibéré, nous enfermer quasi religieusement dans la froide et stricte interprétation du droit, sans aucun « sentiment du cœur » et sans référence à nos souvenirs, pour résoudre les problèmes qui nous sont posés »⁶⁵. Il est évident que les juges ne peuvent aussi facilement faire abstraction de leurs sentiments, et leur passé ne peut manquer de peser sur les décisions qu'ils sont amenés à prendre.

Par la dimension historique des faits, les juges sont en outre tentés de rendre un jugement lui-même « historique », afin d'apporter un témoignage tant aux générations futures qu'à la communauté internationale. La conscience de statuer dans un contexte extraordinaire risque d'altérer quelque peu la qualité de la justice rendue, la volonté de satisfaire les attentes de la société pouvant primer sur une juste application de la loi. Ainsi Monsieur l'Avocat général Dontenwille, dans ses conclusions relatives à l'affaire Barbie, s'adresse-t-il aux juges : « Votre arrêt est attendu, Messieurs, bien au-delà de nos frontières croyez-le »⁶⁶.

Le Conseiller Le Gunehec souligne d'ailleurs le manque de pédagogie dont ont pu faire preuve les juges de la Chambre d'accusation dans cette même affaire : « (...) il ne nous est pas interdit, je crois, de regretter qu'une juridiction, surtout dans une affaire de la dimension de celle d'aujourd'hui, ne soit pas totalement attentive au sens qui pourra être donné à sa décision par les non-juristes auxquels elle est destinée ». Cette affirmation peut surprendre, tant il est rare que des juridictions se soucient de la compréhension de leurs décisions par les profanes... Il n'est pas si évident qu'il soit de l'office du juge de faire œuvre de pédagogie, mais nous y reviendrons.

⁶⁵ Cass. Crim. 20 décembre 1985, rapport de M. le Conseiller LE GUNEHEC, JCP 1986.II.20655.

⁶⁶ Cass. Crim. 20 décembre 1985, conclusions de M. l'Avocat général DONTENWILLE, JCP 1986.II.20655.

Il faut également remarquer que des considérations d'ordre politique peuvent entrer en jeu dans le cadre de ces procès historiques. Ainsi la référence à une « politique d'hégémonie idéologique » dans l'affaire Barbie de 1985, critiquée par la restriction qu'elle opérait dans la définition des crimes contre l'humanité, peut trouver une explication dans la volonté de la Cour de cassation d'éviter que des poursuites ne soient opérées sur ce fondement dans le cadre des crimes commis durant les opérations de décolonisation⁶⁷.

En outre, cette volonté affichée de faire, en quelque sorte, le procès de l'histoire, au travers de poursuites contre un nombre infime de ses acteurs, peut sembler réductrice. Par le procès pénal, on ne juge qu'un homme, et non un régime ou une idéologie. Ainsi, certains ont fait valoir ce que pouvait avoir d'illusoire le procès de Paul Touvier, dont on attendait qu'il soit le procès de Vichy alors que Paul Touvier n'était en définitive qu'un milicien de second rang⁶⁸. Cela ne signifie pas qu'il ne devait pas être jugé pour ses crimes. Seulement, on a reporté sur lui les attentes qui avaient été placées dans le procès de René Bousquet⁶⁹, attentes contrariées par l'assassinat de ce dernier en juin 1993. Leurs rôles étaient bien différents, et il y a quelque chose de dérisoire à faire peser sur les épaules d'une seule personne des attentes excessives : on ne saurait réduire l'Histoire à une histoire personnelle, quand bien même cette dernière serait parfaitement représentative des excès et des tragédies d'une époque. Ce type de procès se traduit d'ailleurs bien souvent par des déceptions et des frustrations, augmentées par les difficultés de compréhension pour les justiciables de certaines considérations techniques.

Mais au-delà même de la difficulté qu'il y a à satisfaire les attentes de la société dans ce genre de procès, tout en faisant abstraction de considérations émotionnelles, le juge est amené, nous l'avons dit, à effectuer une mission de recherche historique. Ce faisant, ne sort-il pas de son office ?

B. Un juge historien

⁶⁷ Annie DEPERCHIN, Rapport de synthèse sur le colloque « Vérité historique, vérité judiciaire », ENM, 2 mars 2001.

⁶⁸ Sur ce point, v. l'article d'Eric CONAN, *Touvier : les ambiguïtés d'un procès*, L'express, 17 mars 1994.

⁶⁹ René Bousquet fut nommé en 1942 au secrétariat général à la police avec délégation générale et permanente de signature du chef du gouvernement. Il a notamment organisé la rafle dite du « Vel' d'Hiv » des 16 et 17 juillet 1942.

Les juges du fond n'ont pas d'autre choix que d'interpréter les faits de nature historique : nous l'avons remarqué, cela exige d'eux un travail qui s'approche de celui de l'historien. Refuser pour un juge de connaître de certains faits sous prétexte qu'ils sont trop anciens, et que lui-même n'est pas historien, relèverait tout simplement du déni de justice ; celui-ci est prohibé par l'article 4 du Code civil et fait l'objet de sanctions pénales énumérées à l'article 434-7-1 du Code pénal.

En outre, nombreux sont les domaines techniques qui dépassent les connaissances du juge, comme la construction, la médecine, ou encore l'environnement. Cela ne l'empêche pas d'en connaître, quitte à avoir recours à des expertises.

Cependant, s'il existe des experts judiciaires dans les domaines les plus variés et les plus spécialisés, comme la sylviculture, les diamants ou l'imagerie médicale, il n'existe pas en revanche d'experts près les juridictions qui soient spécialisés dans le domaine de l'histoire. De toute façon, l'histoire n'est pas une science technique au même titre que la construction par exemple, elle revêt une part de subjectivité chez l'historien. S'il existait des experts en histoire, comment les choisir ? Au sein de quelle école historique ? Le juge, mis à part la possibilité de faire citer un historien en tant que témoin, doit donc lui-même analyser les faits pour décider de leur appliquer ou non une qualification pénale. En l'absence de spécialisation, comment les juges vont-ils procéder pour connaître des faits historiques ? Quelle méthode, quels supports utiliser ?

Ces difficultés ont donné lieu à des situations qui pourraient volontiers être qualifiées d'insolites si elles n'étaient pas nauséabondes de surcroît, comme ce fut le cas par exemple dans l'affaire Barbie déjà évoquée à plusieurs reprises. Les juges de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon, dans leur arrêt du 4 octobre 1985 qui fut ensuite cassé par la Haute juridiction, avaient ainsi opéré un « tri » entre les victimes de la barbarie nazie : les déportés Juifs étaient considérés comme victimes de crimes contre l'humanité, car exterminés pour des motifs raciaux, tandis que les combattants de la Résistance étaient victimes de crimes de guerre – et la prescription était de ce fait acquise à leur égard.

Ainsi l'arrêt constatait-il, au sujet du Professeur Gompel, résistant de confession juive, que « la preuve n'était pas rapportée que c'était en qualité de juif qu'il avait été arrêté et torturé à mort » ; Klaus Barbie avait donc bénéficié d'un non-lieu pour ce chef d'inculpation, l'élément intentionnel du crime contre l'humanité faisant défaut. Cette distinction n'a pas manqué de choquer ; l'Avocat général Dontenville a d'ailleurs remarqué que, dans les convois, les

déportés étaient tous « unis dans la même souffrance et la même horreur ». Il s'est même scandalisé, à juste titre nous semble-t-il, de ce que la Chambre d'accusation avait « presque demandé à M. Gompel de venir d'outre-tombe préciser à quel titre il avait été torturé »⁷⁰. Apparaît ici une « froideur clinique dans la dissection de l'horreur (qui) provoque un malaise »⁷¹.

La Cour de cassation censura l'interprétation de la Chambre d'accusation, au motif que les crimes commis contre les combattants de la Résistance étaient « justifiés politiquement par l'idéologie nationale-socialiste, et que ni les mobiles animant ces victimes, ni leur éventuelle qualité de combattants, ne sauraient exclure l'existence, à la charge de l'inculpé, de l'élément intentionnel constitutif des infractions poursuivies ». Nous ne reviendrons pas ici sur les difficultés engendrées par la définition formulée par la Cour de cassation des crimes contre l'humanité.

Ce qu'il s'agit ici d'illustrer, ce sont les risques de dérive qui existent lorsque le juge s'aventure sur le terrain de la recherche historique ; même si cette recherche est nécessaire à une bonne qualification juridique des faits, elle conduit le juge à sortir de son office et à se transformer en historien, ce qui est pour lui une tâche fort délicate.

A ce sujet, il faut d'ailleurs remarquer que dans la plupart des procès dits « historiques », les poursuites sont engagées non pas à l'initiative du Ministère public, mais suite au dépôt de plaintes avec constitution de parties civiles. Serait-ce que les magistrats ont conscience de la difficulté pour eux de se prononcer sur l'histoire ? Il semble qu'il y ait une sorte de malaise, de gêne, comme si les magistrats doutaient eux-mêmes de leur légitimité pour juger du passé.

Au sujet de l'affaire Touvier, et du non-lieu prononcé le 13 avril 1992 par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris au motif que le gouvernement de Vichy ne pratiquait pas une « politique d'hégémonie idéologique », le Premier président de la Cour de cassation avait d'ailleurs déclaré que la Chambre criminelle devrait « dire si les juges ne sont pas sortis des voies qui doivent être les leurs »⁷². Cependant, la Cour de cassation ne s'est pas réellement prononcée sur ce point, se contentant d'évoquer des « motifs surabondants sinon erronés ». A cela, il est une explication : l'histoire est du fait, et non du droit, et doit donc en principe échapper au contrôle de la Chambre criminelle⁷³. Mais si l'interprétation de ce genre

⁷⁰ Cass. Crim. 20 décembre 1985, conclusions de M. l'Avocat général DONTENWILLE, JCP 1986.II.20655.

⁷¹ Claude LOMBOIS, Chronique de droit pénal international, *Crimes contre l'humanité – crimes de guerre*, RSC 1987, p. 937.

⁷² Le Monde, 26-27 avril 1992.

⁷³ Michel MASSE, *L'affaire Touvier, qualification de crime contre l'humanité*, RSC 1993, p. 372.

de notions historiques est laissée à la libre appréciation des juges du fond, le risque est grand de contradictions entre les juridictions. Or, comment concevoir une lecture plurale d'une même réalité historique ?

Mais surtout, lorsque le juge se transforme en historien, il endosse un rôle qui n'est pas le sien, il se mue en créateur : en disant le droit, en apportant la caution de l'institution judiciaire à la lecture de l'histoire qui est la sienne, il apporte du crédit à une certaine vision des faits historiques. Et ce faisant, il impose de manière implicite sa propre vision de l'histoire. Le juge, tandis qu'il dit *sa* vérité historique, est en réalité amené à créer *une* vérité historique. C'est là la plus grande difficulté liée aux relations entre histoire et droit pénal : comment dire le droit, en rapport avec l'histoire, sans imposer une vérité historique ? Comment le droit pénal peut-il prétendre traiter de l'histoire tout en autorisant une vision plurale de celle-ci ?

PARTIE 2. LA CREATION PAR LE DROIT PENAL

D'UNE VERITE HISTORIQUE

En se comportant comme un historien dans son travail de qualification juridique des faits qui lui sont soumis, le juge est amené à se comporter en historien. Il est amené, ce faisant, à créer une certaine vérité historique, c'est-à-dire une histoire au sens du discours portant sur les faits passés. Ce phénomène est accentué par la tendance actuelle à instrumentaliser le droit pénal pour servir des valeurs jusqu'à présent exclues du champ de protection du droit pénal. Cette instrumentalisation dans le domaine de l'histoire tend essentiellement à préserver la mémoire, aisément altérée par l'écoulement du temps : rappelons ainsi les propos de John Locke pour qui « la mémoire est une table de bronze remplie de caractères que le temps efface insensiblement si l'on n'y repasse quelque fois le burin ». Le droit pénal semble donc instrumentalisé au profit de la mémoire (chapitre 1) ce qui, bien qu'inspiré par de louables considérations, pose néanmoins problème au regard de la liberté d'expression (chapitre 2) qui doit permettre à chacun d'exprimer sa propre vérité historique.

CHAPITRE 1. L'INSTRUMENTALISATION AU PROFIT DE

LA MEMOIRE

Le droit pénal a pour vocation première de prévenir et de réprimer les atteintes qui peuvent être portées à l'ordre public. Il ne lui appartient donc pas d'imposer aux justiciables une histoire officielle ; il n'est de l'office ni du législateur ni du juge de créer une vérité historique. Pour autant, lorsque l'histoire est tronquée, déformée ou même niée, il existe un risque d'atteinte à la paix sociale auquel le droit pénal se doit d'apporter une réponse. En effet, le souvenir de certains événements appartenant au passé est si sensible que leur évocation, dans un sens ou dans un autre, peut engendrer des troubles à l'ordre public.

Le droit pénal est donc de plus en plus utilisé pour garantir ce qu'il convient de désigner comme le « devoir de mémoire » (section 1), afin de limiter les négations historiques les plus outrancières, mais tout en prenant en compte les nécessités du droit à l'oubli (section 2).

SECTION 1. L’AFFIRMATION DU DEVOIR DE MEMOIRE PAR LE DROIT PENAL

Chacun a une idée de ce que doit être le devoir de mémoire ; il est difficile d'en donner une définition. L'idée même d'un « devoir » peut surprendre, tant il est impossible d'imposer à autrui le souvenir d'un événement. Ce devoir appartient donc à chacun, il doit être accepté en conscience par chaque individu.

Néanmoins, l'idée d'un devoir de mémoire est affirmée au niveau de l'Etat, puisque, nous allons le voir, les lois dites « mémorielles » se multiplient. Dès lors, on peut comprendre le devoir de mémoire comme le devoir moral appartenant aux Etats d'assurer le souvenir d'événements qui se déroulèrent par le passé et qui furent générateurs de souffrance pour tout ou partie de la population ; l'Etat garantit d'autant plus le devoir de mémoire qu'il estime détenir une part de responsabilité dans la réalisation de ces événements.

Le droit pénal s'est doté d'instruments spécifiques pour garantir le devoir de mémoire (I), mais il a également la possibilité de recourir à des infractions générales pour lutter contre les atteintes pouvant être portées à sa vision de la vérité historique (II).

I. L'affirmation du devoir de mémoire par le biais d'infractions spécifiques

Le législateur a adopté un dispositif important lui permettant d'affirmer le devoir de mémoire. Si nombre de lois sont simplement déclaratives, il existe également des incriminations spécifiques dont l'objectif est de lutter contre la déformation de la vérité historique (A). Au titre de ces incriminations, le délit de contestation de crimes contre l'humanité occupe une place prépondérante qui nécessite d'en étudier de façon plus approfondie les éléments constitutifs (B).

A. La création d'incriminations spécifiques

Les lois dites « mémorielles » se sont multipliées ces dernières années dans notre ordre juridique. Le but de ces dispositions est de lutter contre les affirmations négationnistes ou révisionnistes, et donc de garantir que ne soit plus contestée la réalité de certaines tragédies qui ont marqué l'histoire de la France.

Au titre de ces lois mémorielles, il faut notamment citer la loi dite Taubira du 21 mai 2001 qui tend à reconnaître l'esclavage et la traite comme constitutifs de crimes contre l'humanité⁷⁴. Cette loi énonce la reconnaissance par la France des faits de traite et d'esclavage qui eurent lieu dans les différents protectorats et colonies français, les érige en crimes contre l'humanité, et affirme la nécessité de leur accorder une place importante dans les programmes scolaires. La loi prévoit également le principe d'une commémoration annuelle de l'abolition de l'esclavage.

De la même manière, une loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés⁷⁵ interdit les injures en raison de la qualité de harki d'une personne ou toute apologie des crimes commis contre les harkis. Cette loi prévoyait à l'origine, en son article 4, que « les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit ». Cette loi a été vivement critiquée par certains historiens, qui y ont vu une disposition révisionniste ; la disposition a donc été déclassée par le Conseil constitutionnel puis abrogée par un décret du 15 février 2006. Subsiste néanmoins l'article Premier dans lequel « la Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'œuvre accomplie par la France dans les anciens départements français d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française ».

Cependant, ces lois mémorielles sont simplement déclaratives, au sens où la personne qui contreviendrait à leurs dispositions n'encourrait absolument aucune sanction pénale. Le législateur est donc allé plus loin encore dans l'affirmation d'un « devoir de mémoire », puisqu'il a érigé en infraction le fait de contester certains crimes contre l'humanité ; mais

⁷⁴ Loi n°2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (JORF n°119 du 23 mai 2001 p. 8175).

⁷⁵ Loi n°2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des français rapatriés (JORF n°46 du 24 février 2005 p. 3128).

toutes les tentatives n'ont pas abouti, en raison des réticences d'un nombre important de parlementaires face à la création d'incriminations que l'on pourrait qualifier de « délits d'opinion ».

Au titre des tentatives n'ayant toujours pas abouti, il faut ici mentionner l'incrimination de la négation du génocide arménien. La France a reconnu celui-ci par une loi du 29 janvier 2001, qui se contente d'affirmer en son article unique que « la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 »⁷⁶. La communauté arménienne a depuis longtemps à cœur que la contestation de ce génocide fasse l'objet de sanctions pénales, ce qui n'est pas le cas pour l'instant.

En effet, une proposition de loi érigeant la négation du génocide arménien en infraction pénale a été adoptée par 106 voix contre 19 le 12 octobre 2006 à l'Assemblée Nationale. Le délit est puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Cependant, la proposition de loi est toujours en suspens au Sénat, ce qui fait obstacle à son entrée en vigueur. Des représentants de la communauté arménienne ont d'ailleurs été reçus au Sénat le 23 avril 2010, ce qui leur a permis d'exprimer leur souhait que ce texte soit enfin voté.

Une autre proposition, plus ancienne, a quant à elle reçu un sort plus favorable : il s'agit de la loi dite Gayssot du 13 juillet 1990⁷⁷, qui crée notamment le délit de contestation de crimes contre l'humanité. Entre autres dispositions, cette loi insère en effet un article 24 bis à la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, disposant que « seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ».

La création de cette incrimination a suscité bien des controverses, car elle peut entrer en conflit, nous le verrons, avec la liberté d'expression : il ne s'agit pas en effet ici de sanctionner des propos racistes ou antisémites, mais bien l'énoncé d'un postulat, d'une constatation. Ce n'est pas un jugement de valeur qui est exprimé, mais une certaine vision de

⁷⁶ Loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 (JORF n°25 du 30 janvier 2001 p. 1590).

⁷⁷ Loi n°90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (JORF n°162 du 14 juillet 1990 p. 8333).

la réalité⁷⁸. Dire en effet que peu de Juifs furent exterminés durant la Seconde Guerre Mondiale, ce n'est pas la même chose que d'affirmer qu'il aurait fallu en tuer davantage. Dans cette dernière hypothèse, les règles habituelles visant à lutter contre le racisme suffisent en effet à assurer une répression adéquate.

Il faut ici remarquer que la France n'est pas la seule à s'être dotée d'un texte pénal incriminant le négationnisme : il existe des dispositifs comparables en Allemagne, en Suisse, en Belgique ou encore en Autriche. Le texte d'incrimination autrichien est même plus large que le nôtre, qui se contente de faire référence à la contestation du génocide, puisqu'une loi de 1992 sanctionne le fait d'avoir « nié, banalisé grossièrement, approuvé ou cherché à justifier le génocide ou d'autres crimes contre l'humanité du régime national-socialiste ». La peine encourue s'élève à dix ans d'emprisonnement. C'est d'ailleurs au titre de ce dispositif que l'historien britannique David Irving a passé treize mois dans une prison autrichienne en 2007.

La loi Gayssot présente un intérêt tout particulier pour notre étude en raison de son caractère unique et de la vision de l'histoire qu'elle tend à imposer à chacun : il convient donc d'en étudier plus précisément les éléments constitutifs.

B. Les éléments constitutifs du délit de contestation de crimes contre l'humanité

Très classiquement, nous nous intéresserons à l'élément matériel du délit de contestation de crimes contre l'humanité (1), puis à son élément moral (2).

1. *L'élément matériel*

Tout d'abord, en ce qui concerne les crimes dont la contestation est interdite, il faut souligner que l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 ne s'applique qu'aux crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du Tribunal Militaire International annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945. Ne sont donc concernés que les crimes contre l'humanité commis par les forces de l'Axe durant la Seconde Guerre Mondiale. Le législateur n'a donc pas pris acte de la définition formulée par le Code pénal depuis la réforme de 1992, ce qui restreint considérablement le champ d'application du délit, celui-ci ne pouvant

⁷⁸ Claude COHEN, *Le négationnisme : du ressort de l'Histoire ou des Tribunaux ?*, Gaz. Pal. 27 mars 2001, n°86, p. 28.

s'appliquer aux propos contestant l'existence des crimes contre l'humanité commis durant la guerre d'Algérie ou lors du conflit indochinois par exemple.

Un député, François Rochebloine, a d'ailleurs déposé une proposition de loi à l'Assemblée Nationale le 26 novembre 2008, dans le but de modifier l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881. Il propose que l'article 24 bis vise non plus les crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis dans l'article 6 du statut du Tribunal Militaire International, mais « tout crime contre l'humanité sanctionné par l'application des articles 211-1, 212-1 et 212-2 du code pénal ou par un tribunal international ou reconnu comme tel par une organisation intergouvernementale, quel que soit le lieu ou la date à laquelle le crime a été commis »⁷⁹. Cette proposition de loi a été renvoyée à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, mais elle n'a pas encore été examinée.

L'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 fait également référence aux crimes contre l'humanité « qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du (statut du Tribunal Militaire International), soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». La Cour de cassation estime sur ce point qu'il n'y a là aucune atteinte au décret du 5 novembre 1870 relatif à la publicité des lois et décrets, même si le jugement du Tribunal Militaire International n'a fait l'objet d'aucune publication au Journal Officiel : l'autorité de chose jugée d'un jugement résulte en effet de son caractère définitif, indépendamment de toute publication⁸⁰.

Pour être punissables, les propos relatifs aux crimes contre l'humanité ainsi déterminés doivent être constitutifs d'une « contestation » : la Cour de cassation adopte une conception relativement large de la contestation, puisqu'il ne s'agit pas uniquement de la négation pure et simple, mais aussi de la contestation « sous une forme déguisée ou dubitative par voie d'insinuation »⁸¹. La 17^{ème} Chambre correctionnelle du Tribunal de Grande Instance de Paris a pu quant à elle viser « toute contestation, même inscrite dans un discours logique et cohérent, dès lors qu'elle conduit à contester en les niant, en des termes de mépris envers les

⁷⁹ Proposition de loi n°1281 du 26 novembre 2008, tendant à modifier les articles 24 bis et 48-2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, modifiée par la loi n°90-615 du 13 juillet 1990, de façon à interdire la contestation de la réalité de tous génocides et crimes contre l'humanité.

⁸⁰ Cass. Crim., 23 février 1993, Bull. Crim. n°86.

⁸¹ Cass. crim., 29 janv. 1998, Gaz. Pal. 24-26 mai 1998, Chron. dr. crim. p. 32, par Jean-Paul Doucet.

victimes, l'existence d'un crime contre l'humanité ayant entraîné des condamnations de ce chef par le Tribunal militaire international »⁸².

La contestation doit tout de même comporter un caractère outrancier, puisque si le fait de contester le nombre de personnes tuées dans un camp d'extermination déterminé n'entre pas dans les prévisions de l'article 24 bis, est réprimé en revanche la « minoration outrancière » de ce nombre⁸³.

L'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 vise en outre la contestation d'un crime contre l'humanité « par l'un des moyens énumérés à l'article 23 » de cette loi. L'article 23 énumère ainsi les supports sur lesquels peut s'adosser le délit de contestation de crimes contre l'humanité : il s'agit des « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit (...) des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit (...) des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit (de) tout moyen de communication au public par voie électronique ».

L'incrimination est suffisamment large pour qu'aucun support n'échappe à la répression pénale ; cependant, le délit de contestation de crimes contre l'humanité entre bien dans la catégorie des délits de presse, et celui qui se contente de tenir des propos négationnistes dans un cadre privé ou familial n'encourt aucune sanction pénale. La publicité est donc une composante indispensable à la constitution matérielle de ce délit.

La Cour d'appel de Paris a précisé à ce sujet que la diffusion comme la distribution d'une revue étaient constitutives par elles-mêmes du délit de contestation de crime contre l'humanité, indépendamment de sa mise en vente ou de son exposition dans des lieux ou réunions publics⁸⁴. Il s'agissait en l'espèce d'une revue d'histoire négationniste, dans laquelle avait été publié un article intitulé « Le mythe de l'extermination des juifs ». La Cour d'appel a estimé que cet article entrait dans les prévisions de l'article 24 bis car il avait pour but avoué la négation du génocide juif et remettait en cause des crimes contre l'humanité en contestant la déportation et l'extermination de plusieurs millions de personnes.

⁸² TGI Paris, 17^{ème} ch., 18 avr. 1991, aff. Faurisson.

⁸³ Cass. crim., 17 juin 1997, Assoc. X..., D. 1998, Jur. p. 50, note J.-P. Feldman.

⁸⁴ Paris, 31 octobre 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. 311, note Bilger.

L'élément matériel du délit de contestation de crimes contre l'humanité est donc compris de manière relativement extensive par les juridictions ; ceci est compensé par l'exigence de preuve d'une intention.

2. *L'élément moral*

L'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 ne fait aucune référence à l'élément moral du délit de contestation de crimes contre l'humanité. En application de l'article 121-3 du Code pénal, il faut néanmoins considérer ce délit comme intentionnel.

Dès lors, il faut comprendre ici l'élément intentionnel comme la « conscience de remettre en cause l'existence des crimes visés »⁸⁵. Il ne semble pas qu'il existe en la matière de présomption de mauvaise foi, la Cour de cassation ayant ainsi pu décider, dans l'arrêt du 17 juin 1997 déjà évoqué, que la « minoration outrancière » du nombre de victimes tuées en déportation devait être effectuée de « mauvaise foi » pour tomber sous le coup de la loi pénale. Cette conception de l'article 24 bis évite que ne soit adoptée une lecture par trop extensive du texte.

Ainsi, dans une affaire Garaudy⁸⁶, les juges du fond ont condamné le prévenu car celui-ci ne s'était pas contenté d'exposer des thèses négationnistes, ce qui relève de la liberté d'expression, mais il les avait fait siennes et affirmé leur bien-fondé. Les juges ont donc opéré une distinction entre, d'une part, ce qui relève d'un exposé « objectif » et, d'autre part, ce qui tient d'une appréciation subjective qui, elle, entre dans les prévisions de la loi pénale.

La loi Gayssot et le délit de contestation de crimes contre l'humanité contribuent donc au « devoir de mémoire » ; mais celui-ci est également garanti par le truchement d'infractions bien moins spécifiques.

II. L'affirmation du devoir de mémoire par le biais d'infractions générales

Le juge ne se limite pas aux infractions qui viennent d'être énumérées pour assurer l'intégrité de la vision de l'histoire qu'il estime devoir garantir. Il utilise également des infractions de portée générale pour appréhender l'histoire et porter un jugement de valeur sur les faits qui en

⁸⁵ Jean-Philippe FELDMAN, *Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17^{ème} chambre du Tribunal de grande instance de Paris*, D. 1999, p. 8.

⁸⁶ TGI Paris, 17^{ème} Chambre correctionnelle, 27 février 1998.

relèvent. L'infraction qui donne lieu au contentieux le plus important quantitativement est le délit de diffamation (B), mais d'autres infractions, plus secondaires, ne doivent pas être négligées pour autant (A).

A. Les infractions secondaires

Différentes infractions peuvent amener les juridictions à porter un jugement de valeur sur des faits historiques, même si le contentieux qu'elles suscitent est moins important que celui engendré par la diffamation.

Tout d'abord, il faut mentionner l'injure, régie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, qui se distingue de la diffamation en ce qu'elle ne renferme l'allégation d'aucun fait. Il s'agit de la simple insulte, mais qui ne vise nullement à imputer un fait précis à la personne injuriée.

La Cour d'appel de Paris a ainsi décidé dans un arrêt du 1^{er} juin 1995 que le terme « nazi », lorsqu'il ne contient l'imputation d'aucun fait, était insuffisant à caractériser l'existence d'une diffamation mais pouvait en revanche s'analyser comme une injure ; la Cour précise qu'il en va de même pour l'expression « nazillon polonais »⁸⁷. Cette solution a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 janvier 1998⁸⁸.

Il faut également mentionner ici le délit de dénonciation calomnieuse, réprimé par l'article 226-10 du Code pénal. Cet article sanctionne le fait de dénoncer une personne pour la commission d'un fait de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires, alors même que l'auteur de la dénonciation sait que les faits en question sont totalement ou partiellement inexacts.

La dénonciation calomnieuse peut tout à fait porter sur des infractions commises dans le cadre d'évènements historiques, et particulièrement sur des faits qui ne seraient pas encore atteints par la prescription. Il est ainsi tout à fait concevable qu'une personne soit dénoncée pour avoir commis un crime contre l'humanité.

Un exemple nous en est donné par un arrêt de la Cour de cassation en date du 7 septembre 1999⁸⁹. Dans cette affaire, un homme avait porté plainte pour dénonciation calomnieuse suite à des allégations selon lesquelles il se serait rendu coupable de crimes contre l'humanité durant la guerre d'Indochine. La Cour d'appel a refusé de se prononcer sur l'existence d'une

⁸⁷ Paris, 1^{er} juin 1995, Dr. Pén. 1995, 253.

⁸⁸ Cass. Crim., 29 janvier 1998, Gaz. Pal. 1998, 1, chron. crim. 75.

⁸⁹ Cass. Crim., 7 septembre 1999, pourvoi n°98-85902 (inédit).

dénonciation calomnieuse, car les faits reprochés au plaignant avaient été amnistiés par une loi du 18 juin 1966 et ne pouvaient donc plus recevoir de qualification pénale. Les conséquences des lois d'amnistie en matière d'histoire seront étudiées un peu plus loin ; il est cependant intéressant de noter que le plaignant, dans son pourvoi, avait reproché à la Cour d'appel de ne pas s'être prononcée sur la réalité des crimes contre l'humanité qui lui étaient imputés et donc sur le caractère calomnieux de la dénonciation dont il avait fait l'objet. Le pourvoi était voué à l'échec en raison de l'effacement du caractère délictueux des faits atteints par la loi d'amnistie, mais il n'en est pas moins significatif que le demandeur au pourvoi ait épuisé toutes les voies judiciaires pour que la vérité soit rétablie et son honneur sauvegardé.

On le voit, le contentieux généré par ces infractions et ayant trait à l'histoire se révèle somme toute assez limité quantitativement. Il en va différemment pour ce qui est de la diffamation.

B. La diffamation

La diffamation génère un contentieux important ayant souvent trait à des faits historiques, l'imputation diffamatoire pouvant en effet avoir pour support des faits relativement anciens. L'histoire est donc à prendre en compte tant au niveau de la constitution de l'infraction (1) que de sa justification (2).

1. *Constitution*

La diffamation est définie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse. Il s'agit de « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ».

L'élément matériel de cette infraction est donc complexe, puisqu'il requiert la présence de quatre éléments : une imputation (qui peut ne consister qu'en de simples soupçons⁹⁰), qui porte sur des faits précis et susceptibles de preuves (une vague insinuation étant insuffisante), formulée à l'égard d'une personne ou d'un corps déterminé, et ayant pour conséquence de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne qui en est l'objet. Les juges du fond n'opèrent généralement pas de distinction entre honneur et considération, même si certains auteurs comme Danielle Mayer estiment que la première notion désigne plutôt

⁹⁰ V. par ex. Cass. Crim., 21 juillet 1953.

l'estime qu'a la personne pour elle-même tandis que la seconde renverrait davantage au regard du corps social.

Par ailleurs, l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 ne contient aucune précision quant à l'élément moral de l'infraction de diffamation. Néanmoins, il est acquis que les propos diffamatoires doivent avoir été prononcés sciemment, et la jurisprudence est allée jusqu'à établir une présomption de mauvaise foi, ce qui opère un renversement de la charge de la preuve peu compatible avec la présomption d'innocence. La solution est cohérente, puisque l'on imagine mal une personne imputer un fait précis à autrui, fait de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération, mais sans que cela soit fait avec l'intention de commettre une diffamation. Cependant, tous les diffamateurs sont traités de la même façon, ce qui semble gênant dans notre matière : une inversion de la charge de la preuve serait bienvenue pour les historiens qui ne sont a priori mus dans leurs écrits que par un souci d'exactitude historique.

La diffamation peut donc permettre au juge de sanctionner les propos relatifs à des faits historiques, et donc de garantir le devoir de mémoire. Le délit de diffamation évite en effet que ne soient imputés à tort des crimes ou délits qui auraient été commis par le passé⁹¹.

Ainsi le Tribunal de Grande Instance de Paris a-t-il pu décider dans un jugement du 24 février 1999⁹² que les expressions « collabos », « apôtres de la capitulation », « opportunistes » et « liste honteuse de tous ceux qui sont venus laper la soupe du FN » sont l'illustration du parallèle établi entre cette forme de collaboration et celles des personnes qui ont servi activement l'Allemagne nazie ; il s'agit bien d'imputations précises de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne.

De même, la Cour d'appel de Paris, s'appuyant sur l'existence de la loi Gayssot depuis 1990 et le délit de contestation de crimes contre l'humanité, a pu décider que le terme « révisionniste », qui n'est pas en lui-même diffamatoire, devait en revanche être interprété comme tel lorsqu'il renvoie en réalité au négationnisme⁹³.

De la même manière, la diffamation peut être retenue alors même que les propos tenus se placent dans le cadre d'un débat doctrinal. Ainsi la Cour d'appel de Paris avait-elle relaxé

⁹¹ Même si l'écoulement du temps fait obstacle à l'*exceptio veritatis*. V. infra, section 2.

⁹² TGI Paris, 24 février 1999, Gaz. Pal. 1999. 2, Somm. 583.

⁹³ Paris, 16 décembre 1993, inédit.

dans un arrêt du 9 novembre 1995 un prévenu de diffamation qui avait critiqué de manière vigoureuse l'encyclique « Splendeur de la Vérité », de telle sorte que les propos incriminés pouvaient être interprétés en ce sens que certains principes de la religion catholique sont teintés d'antisémitisme et ont favorisé l'holocauste, l'auteur de la publication ayant ainsi soulevé un débat à la fois théologique et historique sur la portée de certains principes religieux et sur les racines de l'holocauste ; la Cour en avait déduit que « la thèse soutenue par cet auteur, parce qu'elle relève exclusivement du débat doctrinal, ne constitue pas, sur le plan juridique, un fait précis susceptible de caractériser une diffamation ».

La Chambre criminelle a cassé cet arrêt, au motif que les propos incriminés imputaient à la communauté catholique une incitation à l'antisémitisme et la responsabilité des massacres commis à Auschwitz⁹⁴.

D'une certaine manière, la diffamation incite donc à la modération dans les propos qui peuvent être tenus au cours d'un débat, peu important la finalité historique ou théologique de celui-ci. Elle contribue ce faisant à la préservation d'une certaine vérité historique ; cette faculté est accentuée par les faits justificatifs de la diffamation.

2. Justification

Il existe deux faits justificatifs faisant obstacle à la répression de la diffamation : la bonne foi et l'exception de vérité. Si la bonne foi est une création purement jurisprudentielle, l'exception de vérité est quant à elle prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 ; elle permet au diffamateur de rapporter la preuve de la véracité des faits imputés et donc d'échapper à une condamnation aussi bien civile que pénale. Nous étudierons un peu plus loin le mécanisme de l'exception de vérité, l'impératif de manifestation de la vérité étant altéré dans une certaine mesure par les nécessités de l'oubli.

La mise en œuvre du fait justificatif qu'est la bonne foi peut, en matière d'histoire, soulever des interrogations quant au rôle du juge. En effet, pour être retenue, la bonne foi suppose que le prévenu ait été dépourvu de toute animosité à l'égard de la personne diffamée, qu'il ait été mu par un but légitime, tel l'information du public, qu'il ait effectué une enquête sérieuse et qu'il ait formulé ses propos de manière mesurée. Or, lorsque l'ouvrage d'un historien est en cause, le juge est amené à se prononcer sur la légitimité de la publication litigieuse et la

⁹⁴ Cass. Crim., 28 avril 1998, pourvoi n°95-85958.

qualité des recherches effectuées. Fort heureusement, les juges ont tendance en pareilles circonstances à considérer que la publication est justifiée par les impératifs de la recherche historique.

Il faut mentionner à titre d'exemple un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 3 février 1999⁹⁵, relatif à la publication d'un ouvrage insinuant notamment que le couple Aubrac aurait trahi la Résistance. La Cour a estimé dans cette affaire que l'historien n'avait fait preuve d'aucune animosité et que le traitement de faits relatifs à la Résistance et plus particulièrement aux époux Aubrac relevait assurément d'un intérêt légitime.

Ce qui est plus contestable, c'est le fait que le juge ait également à connaître de la méthode employée par l'historien pour traiter les faits historiques. Le juge est ainsi amené à contrôler le sérieux des sources utilisées par l'historien : or la sélection et l'utilisation des sources est « le cœur du travail de l'historien »⁹⁶. La Cour d'appel ayant remarqué que certaines sources avaient volontairement été écartées par l'auteur de la publication litigieuse, certains auteurs ont fait remarquer que « quoi qu'en pensent les magistrats, on peut prendre le parti de préférer les sources documentaires allemandes aux témoignages »⁹⁷. De même, se pose la question du choix qu'opère l'historien de prendre en compte ou non un témoignage...

Quoi qu'il en soit, le risque est grand en la matière que le juge ne se transforme en historien et n'impose une « histoire officielle »⁹⁸. Cette critique avait été formulée à l'encontre du jugement de première instance, l'appelant ayant fait valoir que les juges s'étaient arrogés le droit de contrôler son travail historique. La Cour d'appel rappelle que la loi du 29 juillet 1881 n'opère aucune distinction selon la nature des œuvres potentiellement diffamatoires, et que « s'il n'appartient pas aux juges de trancher de l'histoire, il n'est pas pour autant loisible à ceux qui écrivent dans ce domaine de s'abstraire du cadre légal applicable à tous. Il est d'ailleurs à penser que les critères retenus pour établir la bonne foi, rappelés ci-dessus, peuvent être partagés par des personnes qui fondent la légitimité de leurs propos sur une démarche scientifique, celle de l'histoire. »

Même si l'argument ne manque pas de poids tant il est vrai que la démarche de l'historien doit être rigoureuse, il n'en demeure pas moins incertain qu'il soit de l'office du juge de la contrôler.

⁹⁵ Paris, 11^{ème} ch. A, 3 févr. 1999. Confirme TGI Paris 17^{ème} ch. 2 avril 1998.

⁹⁶ Nathalie MALLET-POUJOL, *Diffamation et « vérité historique »*, D. 2000 p. 226.

⁹⁷ J.-P. AZEMA, *Le Débat, L'histoire au tribunal*, nov.-déc. 1998, p. 49.

⁹⁸ Nathalie MALLET-POUJOL, *Diffamation et « vérité historique »*, préc.

Le droit pénal dispose donc de différents instruments pour garantir le devoir de mémoire, et éviter ainsi que l'histoire ne soit instrumentalisée ou déformée. Cependant, il tend ce faisant à limiter les possibilités de débat sur certains points de l'histoire, ce qui suscite des interrogations quant au rôle du juge et à l'articulation de ce devoir de mémoire avec la liberté d'expression. Mais avant de revenir sur ces difficultés, il est important de remarquer que le droit pénal ne consacre pas uniformément le devoir de mémoire ; il y apporte différents tempéraments, dans le but de le concilier avec un autre impératif, apparemment contradictoire : le droit à l'oubli.

SECTION 2. LA CONCILIATION DU DEVOIR DE MEMOIRE AVEC LE DROIT A L'OUBLI

Le droit pénal accorde dans certaines hypothèses le bénéfice de l'oubli aux auteurs d'infractions. Si le droit à l'oubli n'a aucune consistance juridique, il est en pratique omniprésent, notamment par les mécanismes de prescription. L'oubli semble nécessaire, il faut « digérer » le passé pour mieux s'en libérer. Ainsi Nietzsche considère-t-il que « sans oubli, il ne saurait y avoir de bonheur, de belle humeur, d'espérance, de fierté, de présent »⁹⁹. Ce droit à l'oubli est principalement acquis en droit pénal par le biais de deux mécanismes : l'écoulement du temps (I) et l'indulgence (II).

I. L'oubli par l'écoulement du temps

L'écoulement du temps est un obstacle majeur à la manifestation de la vérité. Au titre des enjeux liés à l'imprescriptibilité, nous avons déjà évoqué la prescription et ses effets tant du point de vue de l'exercice de l'action publique que de l'exécution de la peine. Rappelons simplement que la prescription confère aux auteurs d'infractions – ou aux personnes condamnées s'agissant de la peine – un certain droit à l'oubli, lorsque les faits ont été commis il y a trop longtemps. La prescription permet notamment d'éviter les difficultés probatoires liées à l'écoulement du temps – encore qu'aujourd'hui, certains prônent un allongement des délais de prescription de l'action publique en raison de l'amointrissement de ces difficultés,

⁹⁹ Nietzsche, *Généalogie de la morale*, Flammarion, 1996, p. 68 ; cité par Séverine LEGER-GRESSOT, thèse « L'oubli en droit pénal », p. 5.

amoindrissement permis par le développement des connaissances en matière technique ou génétique notamment.

Il n'en demeure pas moins que la protection de l'ordre public est un enjeu majeur du droit pénal, et que cette protection exige que tout soit mis en œuvre afin que la vérité soit faite. Cela passe notamment, cela a été dit, par l'affirmation d'un devoir de mémoire, que le droit pénal a à cœur de garantir afin d'éviter que la vérité historique ne soit tronquée ou déformée. Comment donc concilier deux exigences apparemment contradictoires ? Comment articuler le droit à l'oubli que le temps qui passe est supposé conférer aux auteurs d'infractions pénales avec la nécessité de faire toute la lumière possible sur la vérité historique ?

Un élément de réponse nous est fourni en matière de diffamation, où l'exception de vérité, nous l'avons dit, est un fait justificatif répondant à la nécessité de favoriser la manifestation de la vérité (A), mais qui trouve une limite dans l'écoulement du temps (B).

A. Le principe : l'impératif de manifestation de la vérité

Outre la bonne foi, qui pose problème au regard du rôle du juge, l'exception de vérité est un moyen de justifier une diffamation, sans pour autant remettre en cause la constitution même de l'infraction.

L'exception de vérité, contrairement à la bonne foi qui est de création purement prétorienne, est prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 : celui-ci prévoit en effet en son alinéa 3 que « la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée », mais le texte énonce ensuite trois exceptions à ce principe sur lesquelles nous reviendrons.

Lorsqu'une publication de nature historique présente un caractère diffamatoire, l'auteur de celle-ci échappe donc à toute sanction, aussi bien civile que pénale. Le risque est donc que le juge, pour apprécier la vérité des faits historiques, ne fournisse un travail d'historien et aille ainsi au-delà de ses compétences. Dans le cadre d'une affaire Faurisson¹⁰⁰, le Tribunal de Grande Instance de Paris, conscient de ce danger, a ainsi affirmé « qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la véridicité des travaux historiques ou de trancher les controverses suscitées par ceux-ci et qui relèvent de la seule appréciation des historiens et du public »¹⁰¹. La solution est d'ailleurs identique lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence d'une faute au plan civil : dans un autre procès concernant Robert Faurisson, les juges ont décidé qu'« il

¹⁰⁰ Robert Faurisson est un universitaire français connu pour ses positions négationnistes.

¹⁰¹ TGI Paris, 14 février 1990, Faurisson, Gaz. Pal. 1991, 2, p. 452, note Domingo.

échappe aux tribunaux d'imposer une thèse historique qui aurait valeur d'histoire officielle ou, même simplement de marquer une préférence en tentant de départager les tenants de telle ou telle thèse, en fonction d'une idéologie déclarée dont ils seraient les protecteurs ou d'une prétendue objectivité dont ils seraient les détenteurs »¹⁰².

Cependant, s'il est clair qu'il n'appartient pas au juge d'entrer dans un débat de nature historique, il ne peut malgré tout faire l'économie d'une appréciation de la véracité des faits, faute de quoi il se rendrait coupable de déni de justice. Ainsi a-t-il été remarqué que « la question de la vérité historique ne devrait pas moins intéresser le juge que l'historien puisque l'inexistence des faits reprochés publiquement à une personne est un élément du délit de diffamation »¹⁰³. La vérité des faits historiques doit donc pouvoir faire l'objet d'un débat contradictoire devant le juge pénal, ce qui est bien souvent le cas en pratique.

Cependant, ce débat sur la vérité des faits historiques ne servira pas, en pratique, à mettre en œuvre *l'exceptio veritatis*. En effet, il existe un obstacle de taille à ce mécanisme, et qui est relatif à l'écoulement du temps. En conséquence, lorsque les faits diffamatoires présentent un caractère historique, le débat sur leur véracité aura davantage pour but, comme dans l'affaire Aubrac, de venir au soutien de la preuve de la bonne foi, qui peut quant à elle être invoquée à n'importe quel moment.

B. Le tempérament : l'écoulement du temps

L'alinéa 3 de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit trois hypothèses dans lesquelles l'exception de vérité ne peut être mise en œuvre. Dans ces trois cas, la diffamation ne peut donc plus recevoir de justification – sauf à démontrer la bonne foi – et l'auteur de l'infraction encourt donc les sanctions attachées à sa responsabilité.

Il est tout d'abord fait obstacle à l'exception de vérité lorsque l'imputation diffamatoire est relative à la vie privée de la personne diffamée : dans ce cas le législateur considère que l'impératif de protection de la vie privée est plus légitime que celui tenant à l'information du public. Ensuite, la deuxième exception tient aux imputations relatives à des faits qui constituent une infraction amnistiée ou prescrite, ou bien qui ont donné lieu à une condamnation effacée par la révision ou la réhabilitation. Le législateur fait ici preuve

¹⁰² TGI Paris, 8 juillet 1981, Licra c/ Faurisson, D. 1982, p. 59, note Edelman.

¹⁰³ Y. THOMAS, *La vérité, le temps, le juge et l'historien*, Le Débat, nov.-déc. 1998, n° 102, p. 24.

d'indulgence à l'égard des auteurs d'infractions en leur accordant le bénéfice du droit à l'oubli¹⁰⁴.

Mais surtout, l'exception de vérité ne peut plus être invoquée dès lors que « l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ». Ce sont donc les faits historiques qui sont visés par cette disposition, puisque le législateur estime que, passé un certain délai, la preuve des imputations diffamatoires ne peut plus être rapportée.

La justification de cette limitation à l'*exceptio veritatis* est à rechercher dans les exigences de paix sociale : ainsi, selon Albert Chavanne, le but est d'éviter de « risquer d'ériger parfois chaque citoyen en justicier par rapport à ses concitoyens sans qu'il risque de sanctions pénales »¹⁰⁵. Effectivement, il existe un risque de scandale inhérent à la possibilité de rapporter la preuve d'imputations diffamatoires, mais est-ce là une particularité propre aux faits historiques ?

Cet obstacle à la manifestation de la vérité pose problème, puisque passé dix ans, le diffamateur ne peut plus prouver la véracité de ses propos. Il y a quelque chose d'anachronique dans cette limitation, d'autant que l'histoire, comme toutes les autres sciences, ne cesse de progresser et de faire des découvertes permettant d'affiner la connaissance qui est la nôtre du passé. Cette exception à la manifestation de la vérité, qui a certes le mérite d'éviter de transformer le juge en historien, a une lourde contrepartie, puisqu'elle constitue un frein au travail de recherche historique.

Cette limitation est d'autant plus curieuse qu'en pratique, nous l'avons dit, le débat sur la vérité des faits historiques demeure, notamment dans le cadre de la preuve de la bonne foi¹⁰⁶. Elle illustre bien cependant les difficultés qu'il y a à trouver un équilibre entre devoir de mémoire et droit à l'oubli, entre information du public et garantie de la paix sociale. Pour Nathalie Mallet-Poujol¹⁰⁷, le « souci de préserver une forme d'oubli est légitime face à la diffamation « gratuite » et dolosive, la diffamation du particulier-justicier tant redoutée ». Mais l'auteur de préciser que ce risque est limité grâce à l'existence des deux autres obstacles à la mise en œuvre de l'exception de vérité et qui concernent les imputations les plus graves pour la considération de la personne.

¹⁰⁴ V. infra, II.

¹⁰⁵ A. CHAVANNE, in H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO, J. BOINET, *Droit de la presse*, sous la direc. de J.-H. ROBERT, avec C.-H. DUBAIL, Litec, Fasc. 141, n° 149.

¹⁰⁶ Nathalie MALLET-POUJOL, *Diffamation et « vérité historique »*, préc.

¹⁰⁷ Nathalie MALLET-POUJOL, *Diffamation et « vérité historique »*, préc.

Il est curieux de remarquer le hiatus existant entre la limite des dix ans en matière d'*exceptio veritatis* et la législation relative à la communicabilité des archives publiques. En la matière, le délai de droit commun pour l'accès aux archives a longtemps été fixé à trente ans. Désormais, même s'il existe de nombreux délais dérogatoires aux durées variables, le principe est que les archives sont communicables après un délai de vingt-cinq ans¹⁰⁸. D'une manière générale, la réforme tend à réduire les délais de communication par rapport au dispositif antérieur. Le législateur a en outre posé comme principe que les archives publiques sont imprescriptibles, et diverses dispositions visent à faciliter leur consultation¹⁰⁹.

Il semble donc contradictoire que la vérité des faits historiques puisse être recherchée sans limite de temps par le biais des archives dont la consultation est par ailleurs facilitée, mais qu'il soit interdit de rapporter en justice la preuve de faits datant de plus de dix ans¹¹⁰.

De la même manière, certains auteurs ont fait remarquer la contradiction qu'il y avait à interdire de rapporter la preuve des faits datant de plus de dix ans alors que sont visionnés durant les audiences des films d'époque, comme ce fut le cas à l'occasion du procès Aubrac¹¹¹.

L'écoulement du temps constitue donc une limite au devoir de mémoire, puisqu'il offre la possibilité aux justiciables, sous certaines conditions, d'invoquer le droit à l'oubli. Mais le temps qui passe n'est pas le seul à offrir cette possibilité : l'indulgence du législateur peut avoir les mêmes effets.

II. L'oubli par indulgence

L'indulgence du législateur permet aux auteurs d'infractions à la loi pénale de ne pas – ou plus – subir les conséquences répressives de leurs actes. S'il faut ici essentiellement évoquer l'indulgence générale conférée par les lois d'amnistie (A), qui ont d'importantes conséquences d'un point de vue historique, nous mentionnerons également les cas où l'auteur de l'infraction bénéficie d'une indulgence qui lui est personnelle (B).

¹⁰⁸ Loi n°2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives.

¹⁰⁹ V. sur cette réforme A. CHAMINADE, *Réforme des archives – A propos de la loi du 15 juillet 2008*, JCP A n°38, 15 sept. 2008, act. 801.

¹¹⁰ V. Diane de BELLESCIZE, « *Pour la vérité, enfin* » (A propos de l'affaire Papon c/ Einaudi), Petites Affiches, 28 mai 1999, n°106, p.21.

¹¹¹ Diane de BELLESCIZE, « *Pour la vérité enfin* » (A propos de l'affaire Papon C/ Einaudi), préc.

A. L'indulgence générale

Le législateur peut faire preuve de mansuétude à l'égard de certaines infractions : il a en effet la possibilité, par les lois d'amnistie, d'effacer le caractère délictueux d'actes déterminés, commis sur une période de temps bien délimitée¹¹². L'amnistie, contrairement à la prescription notamment, procède donc d'un oubli volontaire des faits délictueux de la part des autorités publiques.

Les lois d'amnistie ont des conséquences importantes sur les faits historiques, puisqu'elles interdisent toute poursuite pénale du chef d'infractions commises par le passé.

Les lois d'amnistie peuvent tout d'abord être inspirées par les nécessités de l'oubli et de la réconciliation nationale. Il en va ainsi de la loi d'amnistie du 5 janvier 1951 relative notamment à la dégradation nationale¹¹³. Le crime d'indignité nationale et la peine de dégradation nationale auxquels nous avons consacré les débuts de ce développement étaient en effet de plus en plus critiqués, notamment par Maître Isorni qui fut à l'origine de cette loi. Il explique en effet dans sa proposition de loi que « la répression n'a pas eu le caractère de la vraie justice. Elle a pris trop souvent celui de la vengeance ou de la révolution. (...) le caractère rétroactif qu'elle a donné à la peine qu'elle instituait suffit pour que l'indignité nationale soit définitivement supprimée de notre législation répressive »¹¹⁴. La loi d'amnistie de 1951 eut pour conséquence notable le démantèlement de l'indignité nationale.

De même, la loi d'amnistie du 6 août 1953¹¹⁵ relative aux faits de collaboration était inspirée par la volonté d'en finir avec les procédures d'épuration et de leur préférer la réconciliation nationale. Cependant, elle illustre bien les difficultés et les incompréhensions que risquait de susciter un oubli trop rapide de certains faits de notre histoire. Toute la prudence du législateur est exprimée dans l'article Premier de cette loi, qui illustre combien la question est sensible : « la République française rend témoignage à la Résistance, dont le combat au-dedans et au dehors des frontières a sauvé la Nation. C'est dans la fidélité à l'esprit de la Résistance qu'elle entend que soit dispensée aujourd'hui la clémence. L'amnistie n'est pas une réhabilitation ni une revanche, pas plus qu'elle n'est une critique contre ceux qui, au nom de la Nation, eurent la lourde tâche de juger et de punir ».

¹¹² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 199.

¹¹³ Loi n°51-18 du 5 janv. 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales (JORF du 6 janv. 1951, p. 260).

¹¹⁴ Proposition de loi tendant à l'amnistie des faits dits de collaboration et à la suppression de l'indignité nationale, Documents parlementaires, session 1951, p. 1690.

¹¹⁵ Loi n° 53-681 du 6 août 1953 portant amnistie (JORF du 7 août 1953, p. 6942).

L'amnistie ne doit donc pas être confondue avec l'amnésie, car elle tend davantage vers le pardon que vers l'oubli pur et simple. Il ne s'agit pas en effet de nier la faute, mais de la reconnaître et de faire preuve d'une certaine complaisance à l'égard de son auteur. C'est ce qu'exprime Denis Salas lorsqu'il souligne qu' « avec le passage du temps, une expérience politique du pardon devient possible »¹¹⁶.

Une autre loi d'amnistie importante concerne l'Algérie. La loi du 17 juin 1966 a en effet amnistié la quasi-totalité des condamnations liées aux « événements d'Algérie »¹¹⁷.

Une loi d'amnistie du 18 juin 1966 a d'ailleurs empêché les poursuites du fait de dénonciation calomnieuse dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 1999 et évoqué précédemment. L'amnistie n'est pas anodine, puisqu'effaçant le caractère délictueux des faits, plus personne ne peut être accusé à tort de les avoir commis.

De la même manière, en matière de diffamation, l'amnistie, tout comme l'acquisition de la prescription, la réhabilitation ou la révision, fait obstacle à l'exception de vérité : dès lors qu'une personne a bénéficié d'une amnistie, il n'est plus possible de lui imputer les faits amnistiés, quand bien même la réalité de sa responsabilité dans les faits en question serait prouvée. Le législateur semble ainsi considérer que lorsqu'il fait preuve de bienveillance à l'égard des auteurs d'infractions déterminées, il n'appartient pas aux justiciables de réactiver la désapprobation du corps social à leur encontre.

Au-delà des lois d'amnistie, les auteurs d'infractions peuvent également bénéficier de mesures d'indulgence individualisées.

B. L'indulgence personnelle

L'amnistie, qui est l'œuvre du législateur, désigne les infractions auxquelles elle a vocation à s'appliquer et ne concerne donc pas des personnes nommément désignées ; elle a une vocation générale. Il n'en va pas de même pour la réhabilitation.

La réhabilitation est en effet une mesure personnelle. Il s'agit d'une institution permettant de faire disparaître une condamnation pénale ainsi que ses conséquences¹¹⁸. La réhabilitation

¹¹⁶ D. SALAS, « La transition démocratique française après la Seconde Guerre Mondiale », op. cit.

¹¹⁷ Loi n°66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'Etat ou commises en relation avec les événements d'Algérie (JORF du 18 juin 1966, p. 4915).

permet ainsi « l'effacement de la condamnation des bulletins numéros 2 et 3, voire numéro 1, du casier judiciaire national, tantôt par simple écoulement du temps, tantôt par décision juridictionnelle constatant que l'intéressé est totalement réinséré et amendé »¹¹⁹. Contrairement à l'amnistie, la réhabilitation n'est donc pas le résultat d'une loi, puisqu'elle est soit prononcée par un juge, soit obtenue automatiquement après un certain délai¹²⁰. Mais tout comme elle, elle est motivée par le droit à l'oubli que commandent les exigences de paix sociale précédemment évoquées. La réhabilitation favorise la réinsertion sociale, puisqu'elle permet au condamné de voir effacés les stigmates liés à sa condamnation.

Cependant, le principe même de la condamnation n'est pas remis en cause, son bien-fondé n'est pas contesté. En cela, la réhabilitation doit être distinguée de la révision, qui a pour but d'effacer une condamnation prononcée à tort.

La réhabilitation peut soit être prononcée par le juge, soit obtenue après l'expiration d'un certain délai ; la grâce obéit à un mécanisme différent puisqu'il s'agit là aussi d'une mesure de clémence, mais qui est prononcée par le Président de la République en vertu de l'article 17 de la Constitution. Elle permet au Chef de l'Etat de dispenser le condamné d'exécuter sa peine ou de lui en infliger une moins sévère que celle qui avait été prononcée à l'origine.

Il est intéressant de remarquer que la réhabilitation est parfois inspirée par des considérations historiques. Ainsi les héros bénéficient-ils fréquemment de cette mesure, comme en témoigne une ordonnance du 13 août 1945¹²¹ en vertu de laquelle l'auteur d'une infraction qui aurait rendu des services éminents à la Nation « au péril de sa vie » (C. instr. crim., art. 625) ne serait tenu d'aucun délai pour l'obtention de la réhabilitation judiciaire.

Cette disposition a quelque peu évolué mais demeure aujourd'hui : l'article 789 du Code de procédure pénale dispose en effet que « si depuis l'infraction le condamné a rendu des services éminents au pays, la demande de réhabilitation n'est soumise à aucune condition de temps ni d'exécution de peine ». Car en principe, le délai pour demander la réhabilitation judiciaire est normalement de cinq ans pour les condamnés à une peine criminelle, trois ans pour les condamnés à une peine correctionnelle et un an pour les condamnés à une peine contraventionnelle¹²². Le condamné doit avoir exécuté sa peine, puisque le délai court à compter de la libération définitive pour les peines privatives de liberté ou de l'expiration de la

¹¹⁸ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2005, op. cit.

¹¹⁹ Martine HERZOG-EVANS, *Rép. Pén.* Dalloz.

¹²⁰ V. art. 133-13 et s. du code pénal.

¹²¹ Ordonnance n°45-1791 du 13 août 1945 concernant le casier judiciaire et la réhabilitation (JORF du 14 août 1945 p. 5026).

¹²² Art. 786 c. proc. pén.

sanction subie pour les autres peines. Le condamné doit en outre justifier du paiement de l'amende qui aurait pu être prononcée.

Les actes héroïques accomplis par le passé permettent donc de bénéficier de la clémence du juge, indépendamment de toute considération liée à l'exécution de la peine et sans aucune limite de temps.

Concilier devoir de mémoire et droit à l'oubli est donc un exercice périlleux pour le législateur et pour le juge ; le devoir de mémoire semble cependant l'emporter tant les infractions s'y rapportant se multiplient. Cette instrumentalisation du droit pénal semble inspirée par des motifs légitimes, tant il est important que la connaissance de la vérité historique prime ; il est d'ailleurs passablement déplaisant que certains n'aient de cesse de contester la réalité de crimes qui ont marqué l'histoire et dont les preuves ne manquent pourtant pas.

Pour autant, cette instrumentalisation du droit pénal se heurte à différents principes fondamentaux de notre droit, au premier rang desquels la liberté d'expression.

CHAPITRE 2. L'INSTRUMENTALISATION EN CONFLIT AVEC LA LIBERTE D'EXPRESSION

La liberté d'expression est affirmée par les textes les plus élevés dans la hiérarchie des normes. Elle jouit en effet de garanties constitutionnelles et conventionnelles, car protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou encore par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant, la propension du droit pénal à imposer une vérité historique semble aller à l'encontre de cette liberté, et les risques d'atteintes se multiplient de façon exponentielle (section 1). Les instruments supra-législatifs n'offrent en outre qu'une protection limitée à la liberté d'expression (section 2).

SECTION 1. LES RISQUES D'ATTEINTES A LA LIBERTE D'EXPRESSION

La liberté d'expression est une valeur fondamentale dans toute démocratie, et l'affirmation d'une vérité historique « officielle » va bien évidemment à l'encontre de ce principe. Prôner une vérité historique et incriminer sa négation présente en effet un double risque : celui d'instaurer des délits d'opinion (I) et, partant, de limiter la recherche historique (II).

I. Le risque d'un basculement vers le délit d'opinion

Le Professeur Eric Desmons définit le délit d'opinion comme « le fait d'incriminer une opinion pour ce qu'elle est, sans rechercher si un intérêt a été lésé ». Le délit d'opinion limite donc de façon extrême la liberté de penser, et donc la liberté de s'exprimer, puisqu'il interdit une opinion en elle-même, indépendamment de toute considération liée à la protection de l'ordre public. Or, le droit pénal se montre de plus en plus pointilleux au regard de la vérité historique ; par l'interdiction de certains comportements relatifs aux faits historiques, il tend à imposer une certaine vision de l'histoire par des incriminations qui confinent au délit d'opinion. Certaines de ces incriminations tendent en effet à une uniformisation tant du jugement porté sur l'histoire (B) que de la vision factuelle de celle-ci (A).

A. L'uniformisation de la vision factuelle de l'histoire

La loi Gayssot instaurant le délit de contestation de crimes contre l'humanité, qui figure à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881, impose, nous l'avons dit, une certaine vision de la réalité historique.

En effet, en interdisant la contestation de certains crimes contre l'humanité, ce délit limite les possibilités de discussion sur la manière dont se déroulèrent certains faits ; ce faisant, le législateur impose une version de l'histoire, ce qui interdit toute vision plurale de celle-ci.

Ajoutons que la loi Gayssot, qui fait référence aux crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par le statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, a été vue par certains comme créant une vérité officielle sur la base du jugement rendu par les vainqueurs, et pouvant donc manquer d'objectivité.

Evidemment, la loi n'entre pas dans le détail des faits historiques : nous avons vu par exemple que la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 juin 1997, avait décidé que seule une

« minoration outrancière » du nombre de victimes tuées dans les camps de concentration et d'extermination pouvait entraîner une sanction pénale, et non la simple contestation du nombre de décès dans un camp déterminé¹²³. Dans cette affaire, le directeur de la publication d'une revue intitulée « Révision » avait été poursuivi sous la prévention de contestation de crimes contre l'humanité pour avoir publié dans sa revue ainsi que sur des affichettes une mention « Auschwitz 125 000 morts ». La Cour d'appel, confirmant en cela la solution des juges du fond, avait relaxé le prévenu au motif que « la seule indication d'un nombre de victimes, même très inférieur aux évaluations les plus modérées, ne saurait constituer la contestation de crimes contre l'humanité prévue par la loi, celle-ci ne définissant ni directement, ni par les décisions des juridictions auxquelles elle fait référence, le nombre des victimes comme un élément constitutif de l'infraction ». La Chambre criminelle cassa donc l'arrêt de la Cour d'appel, la minoration outrancière du nombre de victimes entrant selon elle dans les prévisions de la loi.

Si la solution de la Cour de cassation semble raisonnable, tant la minoration outrancière s'approche en définitive de la négation pure et simple, elle pose cependant la question du seuil à partir duquel la minoration relève de l'outrance. La difficulté est d'autant plus grande que le nombre exact des victimes de l'holocauste ne pourra jamais être connu : rien que pour le génocide des Juifs, les estimations varient entre 5 100 000 et 5 750 000 morts.

De la même manière, pour ce qui concerne la diffamation, les juges tendent à limiter la possibilité d'exprimer une vision de la vérité historique différente de celle habituellement reconnue. Tel a été le cas dans l'affaire Faurisson de 1981 évoquée précédemment, et dans laquelle les juges ont reproché au prévenu d'avoir rejeté « dans le néant des mythes » des données incontestables et de s'être affirmé porteur de la « vérité historique »¹²⁴.

Un autre exemple de décision faisant référence à une histoire « officielle » nous est fourni par un jugement civil du 21 juin 1995 relatif au massacre des Arméniens. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a jugé qu'il ne lui appartenait pas de décider si les faits étaient constitutifs de génocide, au motif que « s'agissant d'évènements se rapportant à l'Histoire, les tribunaux n'ont pas pour mission d'arbitrer et de trancher les polémiques ou controverses qu'ils sont susceptibles de provoquer, de décider comment doit être représenté et caractérisé tel ou tel

¹²³ Cass. crim., 17 juin 1997, Assoc. X..., D. 1998, Jur. p. 50, note J.-P. Feldman.

¹²⁴ Nathalie MALLET-POUJOL, *Diffamation et vérité historique*, préc.

épisode de l'Histoire nationale ou mondiale »¹²⁵. Pour autant, le tribunal ne manque ensuite de préciser que « l'historien engage sa responsabilité (...) lorsque, par dénaturation ou falsification, il présente comme véridiques des allégations manifestement erronées ou omet, par négligence grave, des événements ou opinions rencontrant l'adhésion de personnes assez qualifiées et éclairées pour que le souci d'une exacte information lui interdise de les passer sous silence ». Certes, le jugement ici évoqué intervient en matière civile, ce qui justifie peut-être plus aisément une condamnation qu'au plan pénal. Pour autant, la référence du juge à la « dénaturation ou falsification » ne peut manquer d'interpeler, puisqu'elle semble suggérer qu'il existerait une version incontestable de l'histoire.

La tendance du droit pénal à imposer une vérité historique est d'autant plus gênante qu'il existe fréquemment un décalage temporel important entre les faits et le procès dans le cadre duquel ils seront évoqués. Ce décalage, rendu possible notamment par l'imprescriptibilité évoquée au début de ces développements, tend à compliquer la collecte des preuves ; à mesure que le temps passe, ceux qui mettent en question la vérité « officielle » risquent donc de se trouver confrontés à d'importantes difficultés probatoires qu'il est nécessaire de prendre en compte.

Le droit pénal ne se contente pas de fermer le débat relatif à la façon dont se sont déroulés les faits historiques : il va au-delà, en cherchant à imposer le jugement de valeur qui doit être porté sur ceux-ci.

B. L'uniformisation du jugement porté sur l'histoire

Il s'agit ici de traiter du délit d'apologie de crimes de guerre (1), qui entre directement en conflit avec la liberté d'expression (2).

1. *L'apologie de crimes de guerre*

¹²⁵ TGI Paris, 21 juin 1995, Forum des assoc. Arméniennes de France c/ Lewis, Petites Affiches, sept. 1995, n°117 p. 17 note ROUMELIAN.

Il est une incrimination qui n'a pas été évoquée jusque-là et qui présente un intérêt tout particulier pour l'étude de l'instrumentalisation dont peut être objet le droit pénal au profit de l'histoire : il s'agit de l'apologie de crimes de guerre.

Cette infraction fait partie des délits de presse ; elle est définie à l'article 24, alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881 : « seront punis de la même peine [cinq ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende] ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi ».

La difficulté liée à cette incrimination apparaît immédiatement, dans le sens où ce qui est sanctionné est le jugement favorable qui est porté – et exprimé – sur certains faits ayant pu marquer l'histoire. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé dans un arrêt du 14 janvier 1971¹²⁶ que devait être considérée comme une apologie la publication d'un texte de nature à inciter à porter un jugement de valeur favorable aux dirigeants du parti national-socialiste allemand condamnés comme criminels de guerre par le Tribunal militaire international de Nuremberg et constituant un essai de justification au moins partielle de leurs crimes.

La Cour de cassation distingue bien cette infraction de celles qui tendent à nier l'existence même de certains faits ou à les déformer : ainsi la Chambre criminelle a-t-elle pu décider que le vidéogramme tendant à démontrer que les personnes rassemblées dans l'église d'Oradour-sur-Glane n'ont pas été brûlées vives par les Waffen SS mais ont été tuées par l'explosion d'un dépôt de munitions constitué par les résistants, ne devait pas s'analyser en une apologie mais en une contestation d'un crime de guerre non susceptible de qualification pénale¹²⁷. Il faut rappeler en effet que seule la contestation de crimes contre l'humanité est susceptible de poursuites pénales au titre de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 ; cette distinction semble certes difficile à justifier mais repose sur une application scrupuleuse des textes.

La définition des crimes de guerre susceptibles de donner lieu à des propos apologétiques est d'ailleurs également à l'origine de difficultés jurisprudentielles, puisque l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 ne définit ni l'apologie ni le crime de guerre. Un arrêt du 7 décembre 2004¹²⁸ relatif à des tortures pratiquées lors de la guerre d'Algérie a permis à la Cour de cassation de confirmer qu'il fallait se référer aux définitions que donnent les instruments

¹²⁶ Cass. Crim., 14 janv. 1971, bull. crim. n°14.

¹²⁷ Cass. Crim., 12 avril 2005, pourvoi n°04-84288, Dr. Pén. 2005, n°122 comm. VERON.

¹²⁸ Cass. Crim., 7 déc. 2004, pourvoi n°03-82832, Dr. Pén. 2005, n°20 comm. VERON.

internationaux du crime de guerre, et que les tortures pratiquées lors du conflit armé en Algérie entraînent bien dans cette catégorie.

Le droit pénal considère donc qu'il est certains crimes qui ne doivent pouvoir faire l'objet d'un jugement de valeur positif ; mais qu'en est-il alors de la liberté d'expression ?

2. *L'interdiction de l'apologie en conflit avec la liberté d'expression*

Toute société démocratique s'interdit en principe d'instituer des délits d'opinion, en raison des atteintes qu'ils portent à la liberté de conscience et à la liberté d'expression. L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 prévoit ainsi que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; l'article 11 garantit quant à lui la liberté d'expression sous réserve des abus de droit.

Les délits d'opinion demeurent cependant vivaces dans notre société, comme en témoigne le délit d'apologie de crimes de guerre. Mais il ne s'agit pas là d'une nouveauté : ainsi le droit condamnait-il à la fin du XIX^{ème} siècle les propos antirépublicains. « Vive le Roi ! », « A bas la République ! », « Vive la Commune ! » : autant de propos condamnés, liés aux peurs engendrées par le souvenir d'une histoire douloureuse. Le délit d'opinion opère ainsi comme « un vaccin contre ce qu'une société estime intolérable et dangereux d'être dit, notamment pour les conséquences que cela pourrait entraîner »¹²⁹.

Même s'ils n'en portent pas le nom, les délits visant à interdire de porter un jugement de faveur favorable sur des événements historiques désapprouvés par la société doivent donc bien être compris comme des délits d'opinion.

Benjamin Constant avait précisé dans quelle mesure une opinion devait pouvoir être sanctionnée : « Les individus doivent jouir d'une entière liberté d'opinion soit intérieure, soit manifestée, aussi longtemps que cette liberté ne produit pas des actions nuisibles. Lorsqu'elle en produit, elle se confond avec ses actions et doit être à ce titre réprimée et punie. Mais l'opinion séparée de l'action doit rester libre »¹³⁰. Or, le lien entre action et opinion s'est peu à peu distendu en droit français, puisque de la répression de la provocation à commettre des

¹²⁹ E. DESMONS, Intervention dans le cadre d'une conférence-débat sur le délit d'opinion organisée par l'OJIV, 17 déc. 2009.

¹³⁰ Cité par P. ROLLAND, « Du Délit d'opinion dans la démocratie française », in *Pouvoirs et liberté, Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, p. 645-670.

crimes ou délits, le législateur a abouti à réprimer la provocation directe suivie d'effets, puis la provocation non suivie d'effets, puis la provocation indirecte et enfin la propagande et l'apologie.

D'aucuns estiment cependant qu'il existe une justification à ce phénomène : la souffrance infligée aux victimes directes ou indirectes des crimes qui sont l'objet du discours apologétique¹³¹. Car faire l'apologie des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, c'est leur apporter une justification, et donc nier la légitimité de la souffrance endurée par les victimes de ceux-ci. Ce à quoi il est tentant de répondre que pour prendre en compte la souffrance endurée par les victimes, il n'est pas forcément nécessaire de recourir au droit pénal puisque les mécanismes de la responsabilité civile permettent en général une juste réparation.

Le droit pénal limite donc dans une certaine mesure la liberté de chacun de porter le jugement qu'il désire sur les faits historiques. Cette limitation est particulièrement gênante pour les historiens, dont le rôle même est de chercher à affiner – et donc de questionner – la connaissance des faits historiques.

II. Le risque d'une limitation de la recherche historique

L'impossibilité croissante de contester la version « officielle » des faits historiques tend à dissuader les historiens de se pencher sur certaines questions sensibles (A) ; certains auteurs ont cependant proposé des remèdes à ce risque (B).

A. Le risque

Les historiens sont les premiers concernés par l'institution d'une vérité historique : leur travail de recherche risque en effet de leur faire encourir des sanctions pénales si leur thèse contredit l'histoire « officielle » ou s'ils venaient à manquer de modération dans leurs propos.

Tout d'abord, nous avons évoqué les difficultés liées au contrôle des sources de l'historien dans le cadre des procès en diffamation. Le fait que le juge contrôle la sélection des sources

¹³¹ E. DESMONS, intervention précitée.

opérées par l'historien pour évaluer sa bonne foi empirique sur le terrain de la recherche scientifique et porte un jugement de valeur sur la qualité et le sérieux du travail fourni par l'historien.

Ensuite, toujours dans le cadre de l'appréciation de la bonne foi justificative de la diffamation, le juge contrôle également la prudence de l'historien dans l'expression de ses propos. Par exemple, dans le cadre de l'affaire Aubrac déjà citée¹³², il avait été reproché au prévenu son manque de mesure dans l'expression de ses propos. Cette exigence de mesure pose encore une fois la question des critères à retenir, tant la part de subjectivité est importante dans l'appréciation de la formulation des propos. Sous ce contrôle de la forme risque de se cacher, pour reprendre les termes du doyen Carbonnier, « un contrôle judiciaire de la manière d'écrire l'histoire »¹³³. Inquiet devant la progression d'une « histoire conformiste », il avait ajouté que le fait « que l'on déclare qu'un historien est en faute pour avoir violé un devoir professionnel d'objectivité, ou pour ne s'être pas comporté comme un historien prudent, avisé et objectif, c'est toujours méconnaître l'existence de tout un secteur immense des sciences historiques où la subjectivité est légitime parce qu'elle est inévitable ». Or, si la subjectivité est inévitable en matière de recherche historique, comment concevoir que le droit encadre la façon dont l'historien peut appréhender et dire sa science ?

De même, nous avons vu que le délit de contestation de crimes contre l'humanité limite la possibilité que des visions diversifiées de l'histoire ne s'expriment. Il peut donc y avoir un risque pour l'historien qui contesterait le bilan officiel des victimes de l'holocauste, même si, nous l'avons dit, les juges ne sanctionnent que les minorations outrancières. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que la loi n'incrimine que le négationnisme, ce qui a conduit les juges à élaborer cette jurisprudence relative à la minoration outrancière. Cela signifie que l'historien qui gonflerait de manière disproportionnée le nombre de victimes tuées durant la Shoah n'encourt quant à lui aucune sanction. Il y a là pourtant une déformation de l'histoire, certes moins scandaleuse que celle visant à nier l'existence de la Shoah, mais tout aussi gênante du point de vue de la rigueur historique. L'historien est donc libre d'exprimer son opinion quant à l'histoire et d'opter pour une version non conformiste des faits, tant qu'il demeure dans le cadre établi par la loi et dans ce qui semble « tolérable » ; ici transparaît la dimension politique de ce type de mesures, et sur laquelle nous reviendrons à la fin de ce développement.

¹³² Paris 11^{ème} Ch. A, 3 févr. 1999, préc.

¹³³ J. CARBONNIER, *Le silence et la gloire*, D. 1951, Chron. p. 119.

Face à la multiplication des procédures judiciaires touchant les historiens, une association, fondée par René Rémond et aujourd'hui présidée par Pierre Nora et Françoise Chandernagor, a d'ailleurs vu le jour en 2005. L'association « Liberté Pour l'Histoire » a pour objectif de rappeler « que l'histoire (n'est) ni une religion ni une morale ; qu'elle ne (doit) pas être l'esclave de l'actualité ni s'écrire sous la dictée de la mémoire ; que la politique de l'Etat (n'est) pas la politique de l'histoire »¹³⁴. L'association tente donc de défendre la liberté d'expression des historiens, afin que ceux-ci puissent effectuer leurs recherches indépendamment de toute pression idéologique ou politique.

Consciente de la façon dont la version « légale » de l'histoire tend à limiter la liberté de l'historien, une doctrine éclairée a proposé une solution spécifique.

B. La solution

Cela a été dit, en matière de diffamation, l'écoulement du temps fait obstacle à l'exception de vérité en matière de travaux historiques. De ce fait, le débat se déplace fréquemment sur le terrain de la bonne foi, second fait justificatif propre à justifier des propos diffamatoires.

Le Professeur Levasseur, fort de ce constat, a cherché à identifier ce qu'il considère comme une « exception de recherche historique »¹³⁵. Son raisonnement repose sur l'analyse d'un jugement avant dire droit du Tribunal correctionnel de Paris du 24 novembre 1969¹³⁶.

Il s'agissait en l'espèce d'un officier qui avait poursuivi pour diffamation les auteurs d'un ouvrage relatif à la guerre d'Algérie lui imputant divers actes de torture. Les auteurs du livre avaient voulu faire citer des témoins afin de prouver leur bonne foi, mais la partie civile s'y était opposée au motif que leur objectif était en réalité de contourner l'impossibilité pour eux de mettre en œuvre l'exception de vérité¹³⁷.

Le Tribunal correctionnel rejeta l'argumentation de la partie civile, et accepta donc le déplacement du débat sur le terrain de la bonne foi. Les juges firent valoir en outre que les témoignages devraient permettre uniquement la preuve de la bonne foi et qu'ils veilleraient à ce qu'ils ne soient pas utilisés pour prouver la vérité des faits allégués. Le jugement explique

¹³⁴ V. www.lph-asso.fr

¹³⁵ G. LEVASSEUR, RSC 1970, 395 (n°5, II, b).

¹³⁶ T. Corr. Paris, 24 nov. 1969, JCP 1970.II.16217.

¹³⁷ L'*exceptio veritatis* nécessite qu'une procédure particulière soit respectée, mais elle ne le fut pas en l'espèce. V. art 55 et 56 de la loi du 29 juil. 1881.

ainsi quel doit être l'objet du débat relatif à la bonne foi, les prévenus devant établir « qu'ils ont agi sans malveillance, uniquement avec prudence, circonspection, et obéi aux impératifs de la nécessité d'informer le public par la production de faits généraux qui se rattachent à l'histoire ancienne ou moderne et par des études historiques sérieuses ».

L'historien jouit donc d'un statut particulier, qui lui permet d'invoquer ce que le Professeur Levasseur qualifie volontiers d'« exception de vérité historique constitutive de la bonne foi en matière de diffamation ». Cette exception de vérité historique répond cependant à des conditions : « conscience, sincérité, impartialité, prudence de l'historien qui doit, malgré les exigences propres à sa discipline, se montrer d'autant plus circonspect que par des imputations ou allégations il est susceptible de porter atteinte à l'honneur et à la considération de particuliers ». Les juges précisent enfin que « de toute façon, la vérité historique ou les nécessités de l'information historique invoquées par les prévenus ne sauraient, en aucune manière, faire échec aux règles de preuve proposées par le législateur, et qui correspondent au souci légitime de protection des particuliers ».

Un régime particulier quant à la preuve de la bonne foi en matière de diffamation doit donc permettre de pallier les inconvénients liés aux limitations imposées à la recherche historique, du fait notamment de l'impossibilité de prouver la vérité des allégations diffamatoires après dix ans.

On le voit, la liberté d'expression subit donc les assauts répétés de la loi et du juge qui tendent à restreindre les possibilités de débats de nature historique. Or, les instruments supra-législatifs n'apportent qu'une protection limitée à cette liberté pourtant menacée.

SECTION 2. LA FAIBLE PROTECTION DE LA LIBERTE D'EXPRESSION PAR LES INSTRUMENTS SUPRA-LEGISLATIFS

La liberté d'expression est affirmée, nous l'avons dit, par les textes les plus élevés dans la hiérarchie des normes. Il s'agit en effet d'une liberté fondamentale nécessaire à l'épanouissement des personnes, à la manifestation de la vérité et à la promotion de la démocratie. Il n'en est que plus surprenant de constater à quel point les juridictions

constitutionnelle et supranationales lui préfèrent la sauvegarde d'une vérité historique (I), ce qui procède d'un manque de protection difficilement justifiable (II).

I. Un manque de protection affirmé

La liberté d'expression en rapport avec les faits historiques ne bénéficie que d'une faible protection au regard des instruments tant internationaux (A) que constitutionnels (B).

A. Les instruments internationaux

La protection de la liberté d'expression au niveau international est variable selon qu'il s'agit des délits d'apologie et de diffamation (1) ou du délit de contestation de crimes contre l'humanité (2).

1. Les délits d'apologie et de diffamation

Concernant la diffamation, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la conformité du dispositif relatif à l'exception de vérité avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Mamère contre France* du 7 novembre 2006, la Cour a-t-elle énoncé que si les difficultés probatoires pouvaient expliquer que le législateur français interdise de rapporter la preuve de faits diffamatoires passés dix ans, il en allait en revanche différemment en matière de faits scientifiques ou historiques : l'écoulement du temps permet selon elle une meilleure compréhension de tels faits. La Cour a donc conclu à une violation par la France de l'article 10 de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'homme a également jugé à plusieurs reprises de la conformité des délits d'apologie avec les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Tel a été notamment le cas dans l'affaire Lehideux et Isorni contre France du 23 septembre 1998¹³⁸, où la Cour a sanctionné la France pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, article qui garantit la liberté d'expression.

A l'origine de cette affaire, la publication par le journal Le Monde d'un encart publicitaire intitulé « Français, vous avez la mémoire courte » et relatif à une association favorable à l'action de Philippe Pétain de 1916 à 1945. Le texte précisait notamment « Français, vous avez la mémoire courte si vous avez oublié qu'au milieu des difficultés (...) il a protégé contre la toute-puissance allemande et sa barbarie (...), qu'il assura le pain de chaque jour (...) ». Suite à cette publication, l'Association nationale des anciens combattants de la Résistance déposa plainte avec constitution de partie civile, arguant d'une violation de l'article 24, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 qui prohibe l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi. Le Tribunal correctionnel de Paris refusa le 27 juin 1986 de « prendre parti dans la controverse historique qui, depuis plus de quarante ans, oppose les associations de résistants aux défenseurs de Philippe Pétain ». Le Tribunal correctionnel constata tout de même que le délit n'était pas constitué à défaut de propos tentant de justifier la collaboration.

Après différentes difficultés procédurales, la Cour d'appel de Paris infirma le jugement de relaxe le 26 janvier 1990 et constata que le délit d'apologie des crimes ou délits de collaboration était constitué. Les deux prévenus – le rédacteur de l'encart publicitaire et le président de l'association – formèrent donc un pourvoi en cassation, estimant que la Cour d'appel avait violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Chambre criminelle rejeta le pourvoi par un arrêt du 16 novembre 1993¹³⁹, décidant notamment « qu'en présentant comme digne d'éloge une personne condamnée pour intelligence avec l'ennemi, l'écrivain a magnifié son crime et, ainsi, fait l'apologie dudit crime ; que l'intention coupable se déduit du caractère volontaire des agissements incriminés ». La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention, celui-ci prévoyant en effet la possibilité pour la loi de prévoir des restrictions à la liberté d'expression « lorsqu'elles constituent, comme en l'espèce, des mesures nécessaires à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique ».

¹³⁸ CEDH 23 sept. 1998, aff. Lehideux et Isorni c/ France ; RSC 1999 p. 151 note MASSIAS ; JCP 1999, II, 10119 note MOUTOUH.

¹³⁹ Cass. Crim., 16 nov. 1993, pourvoi n°90-83128.

La Cour européenne des droits de l'homme fut donc saisie, et condamna la France par l'arrêt du 23 septembre 1998. La solution est conforme à la jurisprudence de la Cour, car il est manifeste que la solution de la Cour de cassation constitue une ingérence dans la liberté d'expression des prévenus. Le gouvernement français avait lui-même reconnu l'ingérence, en précisant qu'elle était « prévue par la loi ». La condamnation de la Cour de cassation était d'autant plus logique que la Haute juridiction reconnaît depuis longtemps que faire l'apologie du criminel, c'est faire l'apologie du crime¹⁴⁰.

Dès lors que l'ingérence était prévue par la loi, les juges européens devaient se prononcer sur sa légitimité au sens de l'article 10 de la Convention : la Cour se prononça en faveur de la légitimité des buts poursuivis par la législation française. Elle justifie cette légitimité en référence à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait évoqué « la défense de l'ordre », la prévention du crime » et la « protection de la réputation et des droits d'autrui ». Si la Cour reconnaît que l'ingérence est bien prévue par la loi française et qu'elle poursuit un but légitime, elle estime cependant qu'elle ne répond pas à un « besoin social impérieux ». La Cour se fonde sur le fait notamment que le rôle de Philippe Pétain pendant la Seconde Guerre Mondiale « relève d'un débat toujours en cours entre historiens (...) et échappe à la catégorie des faits clairement établis ». Elle fait valoir également que les propos incriminés sont conformes aux objectifs de l'association qui en est l'auteur, à savoir la révision du procès de Philippe Pétain, et que l'association a été légalement constituée.

La Cour souligne en outre « la gravité d'une condamnation pénale pour apologie des crimes et délits de collaboration, eu égard à l'existence d'autres moyens d'intervention et de réfutation, notamment par les voies de droit civil » ; nous avons souligné en effet combien la responsabilité civile s'avère en certaines hypothèses suffisante pour réparer la souffrance infligée par la négation ou la justification de certains faits de l'histoire ; la Cour estime donc, à juste titre semble-t-il, que la condamnation par la Cour de cassation était disproportionnée.

Un argument, plus contestable¹⁴¹, tient au fait que « les événements évoqués dans la publication litigieuse se sont produits plus de quarante ans avant celle-ci. Même si des propos tels que ceux des requérants sont toujours de nature à ranimer la controverse et à raviver des souffrances dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, quarante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant ». L'argument est surprenant, tant il est vrai qu'au contraire, plus le temps passe, et plus il est nécessaire de

¹⁴⁰ V. par ex. Cass. Crim. 22 août 1912 ou Cass. Crim. 24 oct. 1967.

¹⁴¹ H. MOUTOUH, *Le droit de défendre la mémoire d'un chef d'Etat*, JCP 1999.II.10119.

faire preuve de sévérité puisque l'écoulement du temps engendre le risque d'un oubli ou d'une déformation des événements.

La solution est d'autant plus originale que la Cour reconnaît traditionnellement une grande marge d'appréciation aux Etats quand il s'agit de connaître des ingérences relatives à la liberté d'expression, surtout lorsque sont en cause les domaines de la morale et de la religion, variables d'un Etat à l'autre. Les autorités françaises semblent être en effet les mieux à même de juger si les propos relatifs au rôle de Philippe Pétain durant la guerre sont encore susceptibles d'engendrer des troubles pour la paix sociale... Selon le Professeur Moutouh, « on ne voit pas très bien, en effet, comment la Cour européenne a pu, mieux que l'Etat français, décider dans quelle mesure un texte historique pouvait encore offenser réellement une partie de la collectivité nationale »¹⁴².

La Cour européenne des droits de l'homme protège donc la liberté d'expression, quitte à s'immiscer de façon quelque peu excessive dans ce qui relève d'une sensibilité interne. Cette immixtion est peut être regrettable, mais elle a le mérite de limiter les dérives liées au contrôle de la vérité historique par le droit pénal. Même si l'infraction d'apologie de crimes ou délits de collaboration n'est pas sanctionnée en elle-même, la Cour invite le juge national à faire preuve de prudence dans les applications qu'il en fait. La Cour de cassation a d'ailleurs pris acte de cette solution, puisque dans l'arrêt du 7 décembre 2004¹⁴³ relatif à l'ouvrage publié par Paul Aussaresses, la Chambre criminelle a conclu à la conformité du délit d'apologie de crimes de guerre à l'article 10 de la Convention, mais en prenant le soin de resserrer quelque peu le champ d'application de l'infraction en insistant sur la justification des crimes par les propos apologétiques¹⁴⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme a également eu à se prononcer sur la conformité à la Convention du dispositif issu de la loi Gayssot du 13 juillet 1990 ; elle ne semble pas avoir fait preuve d'autant de sévérité en la matière qu'en ce qui concerne l'apologie de crimes de guerre ou de crimes et délits de collaboration.

2. *Le délit de négationnisme*

¹⁴² H. MOUTOUH, *Le droit de défendre la mémoire d'un chef d'Etat*, préc.

¹⁴³ Cass. Crim. 7 déc. 2004, Bull. Crim. n°310, Dr. pén. 2005, n°20 comm. VERON.

¹⁴⁴ V. A. LEPAGE, *Apologie de crimes de guerre : conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ; qualification et interprétation*, RSC 2005, p. 583.

L'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 incriminant la contestation de crimes contre l'humanité a fait l'objet d'un contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui n'est guère surprenant au vu du risque d'entrave à la liberté d'expression qu'il contient.

La conventionalité de la loi a été reconnue par la Commission dès le 24 juin 1996 dans l'affaire *Marais contre France*¹⁴⁵ : il s'agissait en l'espèce de la publication par le requérant d'un article paru dans la revue « *Révision* » et intitulé « *La chambre à gaz homicide de Struthof-Natzweiler, un cas particulier* » ; l'article faisait notamment état des « prétendus gazages » du camp en question. Le requérant avait été condamné en France pour contestation de crimes contre l'humanité. La Commission, tout en reconnaissant que cette incrimination constituait une ingérence dans la liberté d'expression reconnue à chacun, décida que la loi n'était pas incompatible avec l'article 10 de la Convention car ses « dispositions pertinentes » et son « application en l'espèce visaient à préserver la paix au sein de la population française » : l'ingérence était donc nécessaire dans une société démocratique et répondait bien à un « besoin social impérieux ».

Cette solution avait été saluée par Patrick Wachsmann, la Commission ayant « fait résolument échec à la tentative des négateurs du génocide visant à se présenter comme des martyrs de la liberté d'expression »¹⁴⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à son tour dans une décision de recevabilité du 24 juin 2003¹⁴⁷ relative à la condamnation de Roger Garaudy, suite à la publication par celui-ci d'un ouvrage intitulé « *Les mythes fondateurs de la politique israélienne* » et qui contenait de nombreux passages contestant la réalité de l'holocauste.

L'auteur de l'ouvrage avait été condamné en France pour plusieurs délits, notamment celui de contestation de crimes contre l'humanité. Il arguait devant la Cour européenne des droits de l'homme de la violation par la France de l'article 17 de la Convention, qui fait interdiction aux Etats d'abuser des droits qu'elle garantit ou de les limiter de manière excessive. Le requérant estimait en effet que la loi Gayssot devait être vue comme « un mécanisme de censure restreignant de façon abusive la liberté d'expression », imposant ainsi une version de la vérité historique. Il faisait en outre valoir que son ouvrage contenait une polémique de

¹⁴⁵ Décision de la Commission européenne des droits de l'homme sur la recevabilité de la requête n°31159/96, *Marais c/ France*.

¹⁴⁶ P. WACHSMANN, « La jurisprudence récente de la Commission E.D.H. en matière de négationnisme », in J.-F. FLAUSS et M. DE SALVIA, *La CEDH : Développements récents et nouveaux défis*, Bruylant, 1997, p. 102.

¹⁴⁷ CEDH 24 juin 2003, *Garaudy c/ France* (décision sur la recevabilité de la requête n°65831/01).

nature politique mais ne niait nullement les crimes nazis ; Michel Levinet remarque tout de même qu'il remettait en cause l'existence et l'utilisation des chambres à gaz et l'organisation d'une « solution finale »¹⁴⁸. La Cour européenne le nota, et estima que l'objectif du texte était de « réhabiliter le régime national-socialiste et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes ». Le requérant avait donc abusé de son droit à la liberté d'expression et violé l'article 17, puisque ses affirmations allaient « à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que les exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix ». Cette solution est approuvée par Michel Levinet, qui reprend les propos tenus par Alain Finkielkraut devant la Cour d'appel de Paris : Roger Garaudy avait en effet eu pour but, selon ce dernier, d' « expulser les survivants de leur malheur et les morts de leur mort »¹⁴⁹.

Au niveau de l'Union Européenne, la liberté d'expression pâtit également de la volonté de lutter contre le négationnisme. Il existe en effet une décision-cadre du Conseil ayant pour but de s'assurer que racisme et xénophobie fassent l'objet de sanctions pénales effectives¹⁵⁰. Elle prévoit notamment en son article Premier que chaque Etat membre doit prendre les mesures nécessaires pour que soient punis « l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes définis à l'article 6 de la charte du Tribunal militaire international annexée à l'accord de Londres du 8 août 1945, visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ». Cette décision-cadre, qui doit être transposée dans tous les Etats membres avant le 28 novembre 2010, n'est pas sans susciter d'interrogations : comment comprendre en effet la disposition exigeant que la « banalisation grossière » des crimes contre l'humanité définis par le statut du Tribunal de Nuremberg vise un groupe en référence à sa race ou à sa religion ? Comment un propos négationniste peut-il viser un groupe de personnes ? Cela signifierait-il que toute déformation de l'histoire soit mue par des considérations idéologiques de nature raciste ou religieuse ?

¹⁴⁸ M. LEVINET, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme*, RTDH 2004, n°59, p. 653.

¹⁴⁹ M. LEVINET, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme*, préc.

¹⁵⁰ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

Pour terminer, il convient de remarquer que le principe même de l'existence du délit de contestation de crimes contre l'humanité a été approuvé au-delà du cadre européen.

En effet, le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies s'est prononcé sur sa compatibilité avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans une décision du 8 novembre 1996¹⁵¹, à propos de la condamnation de Robert Faurisson pour ses déclarations sur la « gredinerie » que constitue selon lui le « mythe des chambres à gaz ». Le Comité a reconnu dans cette décision qu'il ne lui appartenait pas de juger de manière abstraite la législation des Etats parties, mais qu'en l'espèce il n'avait pas été porté d'atteinte excessive à la liberté d'expression. Le Comité remarque que Robert Faurisson n'a pas été condamné pour avoir exprimé une opinion, mais pour « avoir attenté aux droits et à la réputation d'autrui », et que ses propos « étaient de nature à faire naître ou à attiser des sentiments antisémites ». Le Comité insiste à plusieurs reprises sur l'objectif de lutte contre l'antisémitisme qui a inspiré la loi Gayssot. A travers cette solution transparait la gêne du Comité, qui ne souhaite pas valider l'existence d'un délit d'opinion et qui insiste sur les préjudices causés ou susceptibles d'être causés par les propos négationnistes. Il semble ce faisant déformer le sens premier de la loi Gayssot, et la référence à un préjudice réel ou potentiel ne peut manquer de rappeler à quel point une réparation fondée sur la responsabilité civile de l'auteur des propos serait plus pertinente.

Les instruments supranationaux n'apportent donc qu'une protection limitée à la liberté d'expression, surtout pour ce qui est du négationnisme, cette réserve semblant justifiée par les risques de dérives racistes qu'engendre ce phénomène. L'objectif est certes louable, mais il existe d'autres dispositions en droit français qui sanctionnent les propos racistes ou antisémites¹⁵² ; s'agirait-il donc d'un prétexte justifiant l'utilisation d'un dispositif limitant de manière excessive la liberté d'expression ? Face à ce constat, il convient de s'interroger sur l'ensemble de ce dispositif répressif au regard de la Constitution.

B. La Constitution

En ce qui concerne le délit de contestation de crimes contre l'humanité, il est très significatif que la loi Gayssot du 13 juillet 1990 n'ait fait l'objet d'aucun contrôle de constitutionnalité

¹⁵¹ CDH-ONU, Décision du 8 nov. 1996 relative à la communication n°550/1993 présentée par R. FAURISSON, RUDH 1997, p. 46.

¹⁵² V. notamment art. 225-1 et s. du code pénal.

préalablement à son entrée en vigueur. Qu'une loi si potentiellement attentatoire à la liberté d'expression n'ait pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel témoigne bien de l'aspect politique de cette question. Comment comprendre en effet que les plus hautes instances de l'Etat remettent en cause une mesure de lutte contre le négationnisme ? La saisine du Conseil constitutionnel au sujet de ce genre de mesures, quoique pertinente dans une perspective juridique, s'avère en effet peu habile d'un point de vue politique.

Il est évident que la liberté d'expression n'est pas absolue, des limites pouvant heureusement y être apportées. La Constitution elle-même n'interdit pas que la liberté d'expression soit limitée, et l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que l'exercice de la liberté d'expression ne doit pas troubler l'ordre public¹⁵³. Si donc les opinions sont libres, leur expression peut en revanche être encadrée. Il faut donc se demander si la loi Gayssot apporte une limitation légitime à la liberté d'expression, compatible avec la Constitution.

Si le Conseil constitutionnel avait été saisi, il se serait interrogé sur les fondements de la liberté d'expression afin de déterminer si la loi Gayssot y apporte une atteinte justifiée ou non. Michel Troper¹⁵⁴ relève que selon l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la « libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme », mais que le texte n'explique pas ce qui en fait un droit si « précieux », comme si cette liberté « trouv(ait) en elle-même son propre fondement ». Face à cette difficulté de déterminer le fondement de la liberté d'expression, on peut émettre plusieurs hypothèses.

Premièrement, il faut considérer que la liberté d'expression est un instrument au service de la vérité, puisqu'elle permet d'exprimer une vision plurielle des choses. En ce sens, interdire certains propos, même négationnistes, ne peut que nuire à la manifestation de la vérité en limitant les possibilités de débat. Car exprimer un mensonge n'empêche pas en soi la manifestation de la vérité...

On peut aussi voir la liberté d'expression comme une garantie du caractère démocratique de la société. Or la loi Gayssot tend à créer un délit d'opinion, en opérant une rupture de causalité entre les propos négationnistes et les actes néfastes qu'ils sont susceptibles d'engendrer.

¹⁵³ V. M. TROPER, *La loi Gayssot et la Constitution*, A.H.S.S. 1999, vol. 54, n°6, p.1239-1255.

¹⁵⁴ M. TROPER, *La loi Gayssot et la Constitution*, préc.

Quoi qu'il en soit, et quels que soient les fondements que l'on attribue à la liberté d'expression, l'absence de contrôle de la part du Conseil constitutionnel est regrettable, puisque le doute plane sur le bien-fondé du dispositif issu de la loi Gayssot.

II. Un manque de protection injustifié

Le manque de protection dont souffre la liberté d'expression repose sur deux justifications principales, qui opèrent une instrumentalisation discutable du droit pénal : il s'agit, d'une part, de l'affirmation récente de la vertu pédagogique du droit pénal (A) et, d'autre part, de l'aspect politique que revêt la vérité historique (B).

A. L'avènement de la vertu pédagogique du droit pénal

Une première explication pour justifier que le droit pénal fasse primer l'affirmation d'une vérité historique sur le droit à la liberté d'expression peut résider dans l'avènement de la vertu « pédagogique » du droit pénal.

De plus en plus, le droit pénal est instrumentalisé dans un but d'éducation, de pédagogie. Une illustration frappante est que nombre de procès historiques puissent être filmés : nous l'avons dit, la loi du 11 juillet 1985, désormais reprise par l'article L221-1 du Code du patrimoine, dispose que « les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par le présent titre lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ». La constitution d'archives de la justice présente, outre un intérêt historique pour les générations à venir, une utilité pédagogique certaine.

D'aucuns ont fait valoir que les procès historiques présentaient un intérêt pédagogique, leur tenue permettant de tirer les leçons du passé. Ils permettent en effet de porter les faits historiques à la connaissance du public qui n'en était pas contemporain. Cette utilité nouvelle du procès pénal, séduisante au premier abord, n'est pas sans présenter de dangers. Ainsi, selon Bertrand Poirot-Delpech¹⁵⁵, les procès pédagogiques ne doivent pas sombrer dans le procès pour l'exemple ou le procès stalinien.

¹⁵⁵ Annie DEPERCHIN, Rapport de synthèse préc.

C'est également cet intérêt pédagogique qui peut expliquer en partie l'attrait contemporain pour les infractions luttant contre l'oubli de la vérité historique. Plus le temps passe, plus les preuves disparaissent, et plus le risque est grand que certains tronquent, altèrent, voire nient la façon dont les événements se déroulèrent. C'est pourquoi il semble important de garantir le devoir de mémoire, quitte à porter atteinte à la liberté d'expression.

Cette crainte de l'oubli est légitime, mais elle est choquante lorsqu'elle s'accompagne de considérations politiques.

B. L'aspect politique de la vérité historique

Nous l'avons dit, l'absence de contrôle de constitutionnalité de la loi Gayssot en dit long sur les enjeux politiques de telles dispositions.

Un nombre important de lois dites « mémorielles » ont été adoptées à la suite de revendications de groupes minoritaires victimes, par le passé, de différents crimes. Ces lois ont donc une dimension « compassionnelle » ou « émotionnelle » pour reprendre les termes de Robert Badinter. Ainsi l'historien René Rémond a-t-il fait valoir en 2006 dans la revue *Etudes* que les lois mémorielles reposent sur « des considérations essentiellement électorales, qui ne sont assurément pas méprisables, mais qui relèvent plus de l'émotion que de la raison, qui n'ont aucune légitimité scientifique et qui confondent la mémoire avec l'histoire. Elles procèdent toutes de la même aspiration de communautés particulières, religieuses ou ethniques, à faire prendre en considération par la communauté nationale leur mémoire particulière par l'intermédiaire de l'histoire, qui est prise en otage. C'est contre cette instrumentalisation qui entraîne une fragmentation de la mémoire collective que les historiens ont pris position ».

De plus, elles traitent différemment les génocides, en en reconnaissant officiellement certains et d'autres pas. Il existe ainsi un risque de dérive communautariste ; or, le Conseil constitutionnel a rappelé que la « Constitution s'oppose à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelques groupes que ce soit, définis par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »¹⁵⁶.

¹⁵⁶ DC n°99-412 du 15 juin 1999, sur la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

La vérité historique établie par la loi et par le juge répond donc à des choix idéologiques¹⁵⁷, comme en témoigne l'abrogation des dispositions relatives aux aspects bénéfiques de la colonisation par le décret du 15 février 2006 déjà évoqué¹⁵⁸.

Par ailleurs, Bertrand Mathieu¹⁵⁹ considère que « la loi reconnaissant le génocide arménien répond à la même logique de qualification juridique d'un événement historique, mais elle conduit au surplus le législateur français à s'immiscer dans l'histoire d'autres peuples, une histoire dans laquelle la France n'est pas partie prenante ».

En réalité, la multiplication des lois mémorielles, qu'elles soient ou non assorties de sanctions pénales, et l'ensemble du dispositif tendant à garantir une vérité historique, procède d'une instrumentalisation du droit pénal visant notamment à lutter contre le racisme et la discrimination. Il est vrai que la dénaturation de l'histoire est parfois inspirée par des considérations idéologiques, souvent racistes. Mais alors, pourquoi ne pas recourir par exemple aux infractions prohibant l'injure raciale ?

Ces difficultés ont donné lieu à la création d'une mission d'information de l'Assemblée Nationale sur les lois mémorielles, qui recommande de ne plus en adopter¹⁶⁰. Le rapport d'information du Président de l'Assemblée Nationale présente à ce titre un intérêt remarquable par l'analyse à laquelle il se livre au sujet du devoir de mémoire et de ses implications.

On peut ainsi y lire les propos suivants de l'historien Benjamin Stora : « La visite perpétuelle et ressassée du temps colonial et des guerres de décolonisation devient (...) une activité de fabrication d'identités. Aux antipodes d'une apologie d'un progrès commun, l'engouement pour la répétition d'un passé cruel freine la connaissance réelle, car la transmission mémorielle s'organise autour de la fabrication de stéréotypes, dans une reconstruction du sens parfois douteuse »¹⁶¹. Cette « ruminantion du passé » empêche selon lui la construction de l'avenir.

En outre, un phénomène de concurrence des victimes apparaît avec les lois mémorielles. Pour Alain Finkielkraut, qui s'exprimait devant la mission, le devoir de mémoire a révélé son inefficacité en matière de lutte contre l'antisémitisme, tout en mettant en place une sorte

¹⁵⁷ B. MATHIEU, *L'abandon des lois mémorielles*, D. 2008 p. 3064.

¹⁵⁸ V. supra, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, A.

¹⁵⁹ B. MATHIEU, *L'abandon des lois mémorielles*, préc.

¹⁶⁰ V. le rapport d'information n°1262 du 18 nov. 2008 de B. ACCOYER sur cette mission.

¹⁶¹ B. STORA, « Sortir de la guerre des mémoires », in *Dictionnaire de la France coloniale*, Flammarion, 2007.

d'engrenage qui enlève à la Shoah toute possibilité d'exemplarité. D'après lui, « loin d'être de l'eau qui en éteindrait la flamme (de l'antisémitisme), c'est de l'huile qui l'attise (...) À cela s'ajoute que cette "jalousie victimaire" ne semble pas totalement dénuée de fondement aux yeux de quelques-uns : il n'y a aucune raison pour que les Juifs soient les seuls bénéficiaires du devoir de mémoire puisque l'Occident, l'Europe et la France ont commis d'autres forfaits qui eux-mêmes réclament la repentance. Si un "élargissement" de la mémoire est compréhensible, le fait que la Shoah en constitue le paradigme nous fait en revanche pénétrer dans une zone inquiétante où la reconnaissance – par exemple des souffrances endurées par les ancêtres des Antillais ou des Maghrébins – semble primer sur la connaissance – les faits. On en vient ainsi à vouloir satisfaire ce que je ne peux qu'appeler "une envie de Shoah" chez les minorités estimant que leur histoire n'est pas assez reconnue ».

On le voit, la création d'une vérité historique par le droit pénal est indissociable de considérations politiques, ce qui relève d'une instrumentalisation de la discipline peu compatible avec sa vocation première. Car il ne faut pas perdre de vue que l'objectif du droit pénal est la protection de l'ordre public, et qu'il est assorti pour cela de mécanismes répressifs fortement attentatoires aux libertés individuelles. Dès lors, le recours à ces mécanismes ne saurait reposer sur des considérations d'ordre politique.

CONCLUSION

Il convient de faire deux observations à titre de conclusion.

Premièrement, le droit pénal tend à imposer une vérité historique, en partant d'un objectif louable, à savoir la lutte contre les dénaturations et falsifications les plus outrancières des faits historiques.

Mais le droit pénal semble pris dans un paradoxe, en ce sens que pour protéger la vérité historique, il tend à limiter les possibilités de débat ; en définitive, en imposant une certaine vérité historique, le droit pénal risque d'empêcher que la connaissance que l'on a de l'histoire progresse, et donc que la vérité historique soit réellement connue. Il est paradoxal que le droit pénal, sous prétexte de protection de la vérité historique, limite les possibilités de réellement connaître celle-ci. De toute façon, il est difficile de concevoir qu'il n'y ait qu'une vérité historique ; il semble plus pertinent de considérer qu'il existe *des* vérités historiques. Pourtant, le droit pénal tente bel et bien d'imposer *la* vérité historique.

Deuxièmement, en imposant cette vérité historique, le droit pénal sort considérablement de son office ; l'utilisation du dispositif répressif nous semble en effet outrancière, et témoigne incontestablement d'une instrumentalisation du droit pénal au profit de considérations politiques et, plus généralement, idéologiques. Il faut regretter cette utilisation du droit pénal qui ne peut avoir que pour effet de l'affaiblir, le recours à l'arsenal répressif devant être réservé aux situations les plus dangereuses pour l'ordre public. En outre, cette instrumentalisation tendant à imposer une vérité historique participe d'un certain conformisme de la pensée : le débat historique est limité, ce qui nuit, nous l'avons dit, à la connaissance historique ; mais surtout, en empêchant l'expression de visions plurielles de l'histoire, le droit pénal contribue à l'uniformisation des consciences, ce que l'on ne peut que déplorer.

« Ce sont les événements qui commandent aux hommes et non les hommes aux événements. »

Hérodote

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

A.F.H.J., *La Justice de l'épuration à la fin de la Seconde Guerre mondiale*, La Documentation Française, Coll. « Histoire de la Justice », n°18, Paris, 2008.

BLIN H., A. CHAVANNE, R. DRAGO, J. BOINET, *Droit de la presse*, sous la direc. de J.-H. ROBERT, avec C.-H. DUBAIL, Litec, Fasc. 141.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal*, PUF, 2006.

COBAST E., *Petites leçons de culture générale*, coll. Major, PUF, 2007, 6ème éd.

CONTE P., *Droit pénal spécial*, Litec, 2007, 3ème éd.

DREYER E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, collection Cours magistral, 2008.

FLAUSS J.-F. et M. DE SALVIA, *La CEDH : Développements récents et nouveaux défis*, Bruylant, 1997.

GULLIEN R. et VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, dir° S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, Dalloz, 2005, 15ème édition, Paris, p. 339.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 2007, 2^{ème} éd.

NIETZSCHE F., *Généalogie de la morale*, Flammarion, 1996.

RICOEUR P., *Histoire et vérité*, Seuil, 1955.

ROUJOU DE BOUBEE G., B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal annoté*, Dalloz, 1996.

STORA B., « Sortir de la guerre des mémoires », in *Dictionnaire de la France coloniale*, Flammarion, 2007.

WIEVIORKA A., *Le procès de Nuremberg*, éd. Liana Levi, Paris, 2006.

ARTICLES JURIDIQUES

CARBONNIER J., *Le silence et la gloire*, D. 1951, Chron. p. 119.

CHAMINADE A., *Réforme des archives – A propos de la loi du 15 juillet 2008*, JCP A n°38, 15 sept. 2008, act. 801

COHEN C., *Le négationnisme : du ressort de l'Histoire ou des Tribunaux ?*, Gaz. Pal. 27 mars 2001, n°86, p. 28.

DE BELLESCIZE D., « *Pour la vérité, enfin* » (A propos de l'affaire Papon c/ Einaudi), Petites Affiches, 28 mai 1999, n°106, p.21.

FAUCHER H., *L'indignité nationale*, JCP 1945.I.454.

FELDMAN J.-P., *Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17^{ème} chambre du Tribunal de grande instance de Paris*, D. 1999, p. 8.

GRYNFOGEL C., *Touvier et la justice, une affaire de crime contre l'humanité ?*, RSC 1993, p. 62.

LELIEUR-FISCHER J., *L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal ?*, RSC 2004, p. 31

LEPAGE A., *Apologie de crimes de guerre : conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ; qualification et interprétation*, RSC 2005, p. 583.

LEVASSEUR G., RSC 1970, 395 (n°5, II, b).

LEVINET M., *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme*, RTDH 2004, n°59, p. 653.

LOMBOIS C., *Chronique de droit pénal international, Crimes contre l'humanité – crimes de guerre*, RSC 1987, p. 937.

MALLET-POUJOL N., *Diffamation et « vérité historique »*, D. 2000 p. 226.

MASSE M., *L'affaire Touvier, qualification de crime contre l'humanité*, RSC 1993, p. 372.

MATHIEU B., *L'abandon des lois mémorielles*, D. 2008 p. 3064.

MOUTOUH H., *Le droit de défendre la mémoire d'un chef d'Etat*, JCP 1999.II.10119.

ROETS D., *L'apologie des crimes de guerre commis en Algérie hors du champ de protection de la Convention européenne des droits de l'homme*, D. 2005 p. 1341.

TROPER M., *La loi Gayssot et la Constitution*, A.H.S.S. 1999, vol. 54, n°6, p.1239-1255.

REVUES DE SCIENCES HUMAINES

AZEMA J.-P., *L'histoire au tribunal*, Le Débat, nov.-déc. 1998, p. 49.

THOMAS Y., *La vérité, le temps, le juge et l'historien*, Le Débat, nov.-déc. 1998, n° 102, p. 24.

THESE

LEGER-GRESSOT S., *L'oubli en droit pénal*, 2000.

ARTICLE DE PRESSE

CONAN E., *Touvier : les ambiguïtés d'un procès*, L'express, 17 mars 1994

COLLOQUES

DESMONS E., Intervention dans le cadre d'une conférence-débat sur le délit d'opinion organisée par l'OJIV, 17 déc. 2009.

DEPERCHIN A., Rapport de synthèse sur le colloque « Vérité historique, vérité judiciaire », ENM, 2 mars 2001.

DICTIONNAIRE

Le Petit Larousse illustré, 1992.

SITES INTERNET

www.assemblee-nationale.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.lph-asso.fr

www.senat.fr

<http://sergecar.perso.neuf.fr> (Philosophie et spiritualité, S. CARFANTAN).

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	6
<i>SECTION 1. LA DEFINITION DE L'HISTOIRE</i>	6
<i>SECTION 2. LE RECOURS AU DROIT PENAL EN MATIERE HISTORIQUE</i>	9
PARTIE 1. L'ASSIMILATION PAR LE DROIT PENAL DE FAITS HISTORIQUES	12
CHAPITRE 1. L'ASSIMILATION LEGISLATIVE DE FAITS HISTORIQUES	12
SECTION 1. LA CREATION D'INCRIMINATIONS RETROACTIVES	13
I. La création du crime d'indignité nationale	13
<i>A. Le crime d'indignité nationale</i>	14
1. Les préalables	15
2. Les éléments constitutifs	16
<i>B. La répression du crime d'indignité nationale</i>	17
1. Les obstacles à la répression	18
2. Les caractéristiques de la répression	19
II. Le caractère rétroactif de l'indignité nationale	20
<i>A. La solution classique de la rétroactivité in mitius</i>	20

B. <i>La rétroactivité in pejus de l'indignité nationale</i>	22
1. Controverse.....	22
2. Justifications	23
SECTION 2. LA CREATION D'INCRIMINATIONS IMPRESCRIPTIBLES	24
I. La création des crimes contre l'humanité	25
A. <i>Une incrimination directement influencée par l'histoire</i>	25
B. <i>Les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité</i>	27
1. Les points communs à tous les crimes contre l'humanité	27
2. La variété des crimes contre l'humanité.....	29
II. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité	30
A. <i>Les enjeux de l'imprescriptibilité</i>	30
B. <i>L'application dans le temps de la loi de prescription</i>	32
CHAPITRE 2. L'ASSIMILATION JUDICIAIRE DE FAITS HISTORIQUES	34
SECTION 1. L'IDENTIFICATION DE LA REGLE APPLICABLE	34
I. Les juridictions susceptibles d'appliquer la règle	35
A. <i>Les juridictions internes</i>	35
1. Les juridictions de droit commun	35
2. Les juridictions ad hoc.....	37
B. <i>Les juridictions internationales</i>	39
II. Variété et interprétation des qualifications	42
A. <i>La variété des qualifications appliquées</i>	42
B. <i>L'interprétation des qualifications</i>	44
SECTION 2. L'APPLICATION DE LA REGLE AUX FAITS HISTORIQUES	47
I. La nécessaire appréciation des faits	47
A. <i>La sélection des faits</i>	47
B. <i>L'interprétation des faits</i>	48

II. Les difficultés liées à l'interprétation des faits historiques	50
A. <i>Un juge influencé par les circonstances</i>	50
B. <i>Un juge historien</i>	52
PARTIE 2. LA CREATION PAR LE DROIT PENAL D'UNE VERITE HISTORIQUE	56
CHAPITRE 1. L'INSTRUMENTALISATION AU PROFIT DE LA MEMOIRE	56
SECTION 1. L'AFFIRMATION DU DEVOIR DE MEMOIRE PAR LE DROIT PENAL	57
I. L'affirmation du devoir de mémoire par le biais d'infractions spécifiques ...	57
A. <i>La création d'incriminations spécifiques</i>	58
B. <i>Les éléments constitutifs du délit de contestation de crimes contre l'humanité</i>	60
1. L'élément matériel.....	60
2. L'élément moral	63
II. L'affirmation du devoir de mémoire par le biais d'infractions générales	63
A. <i>Les infractions secondaires</i>	64
B. <i>La diffamation</i>	65
1. Constitution	65
2. Justification.....	67
SECTION 2. LA CONCILIATION DU DEVOIR DE MEMOIRE AVEC LE DROIT A L'OUBLI	69
I. L'oubli par l'écoulement du temps	69
A. <i>Le principe : l'impératif de manifestation de la vérité</i>	70
B. <i>Le tempérament : l'écoulement du temps</i>	71
II. L'oubli par indulgence	73
A. <i>L'indulgence générale</i>	74
B. <i>L'indulgence personnelle</i>	75

CHAPITRE 2. L’INSTRUMENTALISATION EN CONFLIT AVEC LA LIBERTE D’EXPRESSION	77
SECTION 1. LES RISQUES D’ATTEINTES A LA LIBERTE D’EXPRESSION .	77
I. Le risque d’un basculement vers le délit d’opinion	78
A. <i>L’uniformisation de la vision factuelle de l’histoire</i>	<i>78</i>
B. <i>L’uniformisation du jugement porté sur l’histoire</i>	<i>80</i>
1. L’apologie de crimes de guerre	80
2. L’interdiction de l’apologie en conflit avec la liberté d’expression	82
II. Le risque d’une limitation de la recherche historique.....	83
A. <i>Le risque</i>	<i>83</i>
B. <i>La solution.....</i>	<i>85</i>
SECTION 2. LA FAIBLE PROTECTION DE LA LIBERTE D’EXPRESSION PAR LES INSTRUMENTS SUPRA-LEGISLATIFS	86
I. Un manque de protection affirmé	87
A. <i>Les instruments internationaux</i>	<i>87</i>
1. Les délits d’apologie et de diffamation	87
2. Le délit de négationnisme	90
B. <i>La Constitution</i>	<i>93</i>
II. Un manque de protection injustifié.....	95
A. <i>L’avènement de la vertu pédagogique du droit pénal.....</i>	<i>95</i>
B. <i>L’aspect politique de la vérité historique.....</i>	<i>96</i>
CONCLUSION.....	99
BIBLIOGRAPHIE	101

