
ANNE-CHLOÉ FOIRRY

LOIS MÉMORIELLES,
NORMATIVITÉ ET LIBERTÉ
D'EXPRESSION DANS
LA JURISPRUDENCE DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL
UN ÉQUILIBRE COMPLEXE
ET DES ÉVOLUTIONS POSSIBLES

143

L'examen de la décision du 28 février 2012, par laquelle le Conseil constitutionnel a censuré la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi¹, est l'occasion d'analyser ses possibilités d'intervention, en matière de lois mémorielles, pour défendre la liberté d'expression. Le Conseil constitutionnel peut encadrer les limites apportées par le législateur à la liberté d'expression grâce à un large choix de normes de référence et par le biais d'un contrôle étendu, du point de vue des techniques de contrôle utilisées. Qu'aurait-il fait ou pu faire s'il

avait examiné de façon détaillée toutes les lois mémorielles, sachant que les motifs de rejet de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la loi Gayssot² du 13 juillet 1990 par la Cour de cassation³ sont peu convaincants et que, concernant la dernière loi du 23 janvier 2012, la jurisprudence protectrice du Conseil constitutionnel est apparue limitative. En l'espèce, les Sages ont choisi, comme normes de référence, la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) et le principe de

1. Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

2. Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *JO*, 14 juillet 1990.

3. Cass., crim., 7 mai 2010, n° 09-80774.

normativité de la loi tiré de l'article 6, sans examiner l'ensemble des griefs soulevés par les requérants, et n'a pas précisé les modalités de son contrôle de proportionnalité. Le lien entre les notions de lois mémorielles, de normativité de la loi et de protection de la liberté d'expression semble équivoque. Bien plus, que peut ou doit faire le Conseil constitutionnel si un nouveau texte pénalisant la négation des génocides est déposé ? Quelles seront ses marges de manœuvres si une autre QPC concernant les lois mémorielles est soulevée à l'avenir ?

144

Étant « une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés⁴ », la liberté d'expression occupe une place particulière dans l'étude de la jurisprudence constitutionnelle. La censure de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, adoptée par le Parlement le 23 janvier 2012, a relancé le débat sur les limites de la liberté d'expression et ravivé la controverse sur les lois mémorielles⁵. Soucieux de préserver « le devoir de mémoire » tout en sanctionnant la qualification pénale généralisée de l'histoire, le Conseil constitutionnel a rendu une décision symbolique et très attendue le 28 février 2012, semblant condamner la légitimité et l'efficacité même des lois mémorielles.

Dès l'origine, nombre de juristes, d'historiens, de sociologues et de philosophes se sont élevés contre les lois mémorielles en affirmant qu'elles mettaient à mal les bases de l'État de droit et constituaient un danger pour les libertés fondamentales. En témoignent la pétition d'historiens français de décembre 2005 « Liberté pour l'histoire⁶ » ou l'appel de 56 juristes, en novembre 2006, réclamant l'abrogation de l'ensemble des lois dites mémorielles. Ces derniers affirment que « sous couvert du caractère incontestablement odieux du crime ainsi reconnu, le législateur se substitue à l'historien pour dire ce qu'est la réalité historique et assortir cette affirmation de sanctions pénales frappant tout propos ou toute étude qui viseraient, non seulement à sa négation, mais aussi à inscrire dans le débat scientifique son étendue ou les conditions de sa réalisation⁷ ». Françoise Chandernagor renchérit : « En fondant sa démarche "historienne" sur des anachronismes, en sacralisant la mémoire et en sanctionnant de peines allant jusqu'à un an de prison toute expression dissidente, notre Parlement a ressuscité le crime de blasphème et mis en marche une machine à broyer la liberté de pensée. Une machine qui devient encore plus redoutable quand elle est alimentée par la compétition victimaire et les concurrences entre communautés. Bientôt, ce sera mémoire contre mémoire – est-ce

4. Voir CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

5. Une loi mémorielle est une loi déclarant, voire imposant, le point de vue officiel d'un État sur des événements historiques. À l'extrême, une telle loi peut interdire l'expression d'autres points de vue, donc sanctionner un délit d'opinion. C'est une forme de censure radicale, puisqu'elle interdit de s'exprimer librement sur un sujet déterminé. Le délit d'opinion, limite posée à la liberté d'expression, est le fait d'incriminer une position intellectuelle pour ce qu'elle est, sans rechercher si un intérêt a été lésé : c'est la condamnation d'une idée, non d'un acte.

6. La pétition « Liberté pour l'histoire », signée par 19 historiens le 12 décembre 2005, est publiée le 13 décembre 2005 dans *Libération* et le lendemain dans *Le Monde* et dans *Le Figaro*.

7. Appel de 56 juristes pour l'abrogation des lois mémorielles lancé le 21 novembre 2006 et publié le 28 novembre 2006 sur le site de l'Observatoire du communautarisme (www.communautarisme.net).

pour pouvoir livrer cette guerre-là qu'on bâillonne les historiens dont, seul, le travail patient permettait d'établir des faits⁸ ? »

Le simple rappel des dates d'adoption de ces textes, 2001, 2006, 2011, suffit à donner corps à un soupçon d'arrière-pensées électoralistes, teintées de communautarisme (les propositions émanant de représentants de circonscriptions abritant une forte communauté arménienne). Ce caractère ne concerne pas uniquement les textes sur le génocide arménien : la loi qualifiant l'esclavage et la traite occidentale de crimes contre l'humanité, portée par Christiane Taubira, députée de Guyane, date elle aussi de 2001, année préélectorale. Il convient, en marge des débats politiques et doctrinaux, de s'intéresser à la problématique juridique des lois mémorielles, dont la première a fait son apparition en droit français il y a plus de vingt ans.

Elles sont quatre précédant celle du 23 janvier 2012. La première est celle du 13 juillet 1990, dite « loi Gayssot », « tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe ». C'est fondamentalement une loi contre le racisme qui se situe dans la continuité de la loi du 1^{er} juillet 1972, dite « loi Pleven ». Celle-ci incrimine « la diffamation ou l'injure raciste ainsi qu'un délit nouveau de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une race ou une religion déterminée » et permet aux associations antiracistes déclarées depuis au moins cinq ans de se porter partie civile. La loi Gayssot la renforce en accordant aux associations un droit de répondre dans la presse ou

dans les médias audiovisuels. Elle innove par son article 9 qui qualifie de délit la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité, tels que définis dans le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de ce statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes. Cet article introduit dans la loi de 1881 sur la liberté de la presse un article 24 *bis* dont voici le premier alinéa : « 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. » L'article 6 (c) de ce statut définit les crimes contre l'humanité : « 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. »

La loi Gayssot est suivie en 2001 par deux autres lois : celle du 29 janvier qui, dans un article unique, dispose que « la France reconnaît publiquement le génocide

8. Françoise Chandernagor, « Lois mémorielles : un monstre législatif », *Le Figaro*, 29 décembre 2011.

arménien de 1915⁹ » ; celle du 21 mai, dite « loi Taubira », « tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité¹⁰ ». La dernière en date est celle du 23 février 2005, dite « loi Mekachera », « portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés¹¹ » d'Afrique du Nord et d'Indochine.

Le 28 février 2012¹², le Conseil constitutionnel a censuré la loi, adoptée par le Parlement le 23 janvier 2012, qui prévoyait de punir d'un an de prison et de 45 000 euros d'amende toute négation publique d'un génocide reconnu par la loi française, soit le génocide juif et le génocide arménien¹³. Les Sages ont jugé le texte contraire à la liberté d'expression.

Le Conseil constitutionnel n'avait jamais eu à connaître de loi mémorielle dans le cadre de son contrôle de conformité de la loi à la Constitution, tant en contrôle *a priori* qu'*a posteriori*, ni à se prononcer sur un dispositif pénal attaché à une telle loi¹⁴. Malgré les doutes qu'elles soulevaient quant à leur constitutionnalité, aucune loi mémorielle n'a été déférée au Conseil constitutionnel jusqu'à la réforme du 23 juillet 2008 instaurant la QPC. Suite à cette révision, la Cour de cassation n'a pas transféré une QPC la

concernant, estimant qu'elle ne présentait pas un « caractère sérieux » au sens de la loi organique du 10 décembre 2009¹⁵.

Au regard des autres lois mémorielles, cette loi du 23 janvier 2012 présente deux particularités. C'est la première loi mémorielle organisant la pénalisation d'une loi mémorielle française : la loi Gayssot de 1990 est la transposition d'une décision prise par la Cour internationale de Nuremberg ce n'est donc pas, en l'espèce, le législateur qui a décidé de pénaliser le génocide mais la justice internationale. Or l'article 34 de la Constitution n'autorise pas le Parlement à qualifier un fait historique et à le condamner pénalement. Puisqu'il s'agit également de la transposition d'une décision-cadre du Conseil de l'Union du 28 novembre 2008¹⁶, cela donne une dimension européenne au débat.

Le Conseil constitutionnel précise qu'« en réprimant la contestation de l'existence et la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication¹⁷ ». Le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur deux principes pour rendre sa décision : l'exigence de normativité de la loi énoncée à l'article 6 de la DDHC

146

9. Loi n° 2001-70, *JO*, 30 janvier 2001.

10. Loi n° 2001-434, *JO*, 23 mai 2001.

11. Loi n° 2005-158, *JO*, 24 février 2005.

12. Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

13. Les griefs se sont concentrés sur la disposition principale établissant le délit de contestation ou de minimisation outrancière de génocides reconnus comme tels par la loi.

14. Une seule loi mémorielle a fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel, rendue en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution portant sur son caractère législatif. La décision n° 2006-203 (L. 31 janvier 2006) juge que la mention « 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 » ne ressort pas du domaine de la loi. Ce texte fut abrogé par le décret n° 2006-160 du 15 février 2006.

15. Arrêt n° 12008 du 7 mai 2010, 09-80.774.

16. Décision-cadre n° 2008/913/JAI du 28 novembre 2008.

17. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

et la liberté d'expression protégée par son article 11.

Le fondement de l'atteinte à la liberté d'expression semble être l'absence de normativité de la loi. Derrière cette exigence, apparaît une volonté de préserver la séparation des pouvoirs (le Parlement n'a pas à s'ériger en tribunal¹⁸ en réprimant un génocide qu'il a lui-même qualifié de génocide, et son intervention dans le champ de la recherche historique est discutée), de sanctionner l'incompétence législative et de protéger les droits fondamentaux. Comme le souligne cependant Thomas Hochmann, « en fondant sur l'absence de normativité le constat de la violation de la liberté d'expression, le Conseil a rendu une décision paradoxale¹⁹ ».

Existe-t-il réellement un lien entre les notions de lois mémorielles, de normativité de la loi et de protection des droits fondamentaux ? Une loi mémorielle déclarative peut fonder l'incompétence du législateur, donc être inconstitutionnelle tout en étant protectrice des droits fondamentaux et non censurée, comme la loi mémorielle du 29 janvier 2001 ; inversement, une loi mémorielle normative peut violer certaines libertés fondamentales tout en respectant le principe de séparation des pouvoirs et recevoir un brevet de constitutionnalité, à l'image de la loi Gayssot ; ou être inconstitutionnelle, comme la loi du 23 janvier 2012, méconnaissant le principe de séparation des pouvoirs.

Derrière cette décision du Conseil constitutionnel, se posent en filigrane les questions plus générales des notions de lois mémorielles, de normativité de la loi et des limites de la liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil. Le choix des normes de référence donne à cette

décision une portée générale. Le critère de normativité est essentiel car il permet au Conseil constitutionnel de clarifier la nature juridique et les fonctions des différentes lois mémorielles, dissipant définitivement toute velléité d'analyse ou de classement homogène du droit mémoriel. La distinction des lois mémorielles fonde la censure. Le choix de la liberté d'expression apparaît symbolique : plus large que le terrain pénal, il semble condamner la logique d'ensemble des lois mémorielles.

Quelles sont les possibilités d'intervention du Conseil constitutionnel en matière de lois mémorielles ? En l'espèce, il a eu recours au principe de normativité comme garantie de l'exercice de la liberté d'expression, en tant que norme de référence fondant son contrôle tout en réitérant sa volonté d'encadrer strictement, par un contrôle étendu, les limites apportées à cette liberté.

L'EXIGENCE DE NORMATIVITÉ DE LA LOI MOBILISÉE CONTRE LES TEXTES MÉMORIELS

Pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il préféré recourir au principe de normativité pour censurer la loi alors qu'il lui aurait suffi de se fonder sur la liberté d'expression ?

De prime abord équivoque, ce choix de norme de référence apparaît, à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel, pertinent. Le principe de normativité est mobilisé par les Sages pour fonder l'incompétence du législateur et surtout pour classer les différentes lois mémorielles. La distinction entre les lois déclaratives et normatives fonde la censure et met fin,

147

18. Allocution de Robert Badinter au Sénat le 4 mai 2011 sur le génocide arménien.

19. Thomas Hochmann, « Un paradoxe d'une portée limitée : le CC et le négationnisme », *Le Monde*, 20 mars 2012.

une fois pour toutes, à la tentation de les regrouper au sein d'une hypothétique et unique catégorie.

Un moyen de sanctionner l'incompétence du législateur

« Le législateur aurait en effet, en ces quatre occasions, outrepassé le cadre normatif fixé par l'article 34 de la Constitution en adoptant des lois bavardes, a-normatives, mais simultanément attentatoires à différentes libertés fondamentales²⁰. »

148

Le Conseil constitutionnel réaffirme dans cette décision l'existence d'une exigence constitutionnelle de normativité tirée de l'article 6 de la DDHC²¹.

À travers le principe de normativité, le Conseil défend les droits des citoyens en tant qu'exigence démocratique. Derrière ce principe, c'est la sécurité juridique qui est en jeu : « Les droits sont menacés par la loi si le caractère normatif de celle-ci est sujet à caution et menace la liberté de l'individu en ne définissant pas de manière précise les bornes qui peuvent être assignées à la liberté²². » La sécurité juridique est ici mobilisée comme une garantie de l'exercice des droits fondamentaux.

L'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi²³ impose au législateur

d'adopter « des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques²⁴ ». Or, la notion de « délit de minimisation outrancière » renvoie à une appréciation purement subjective : « Ultime extravagance juridique, la loi votée par l'Assemblée introduit dans notre droit le délit, jusqu'alors inconnu, de minimisation. Nous avons déjà découvert, en peu d'années, la négation, puis la contestation (concept plus flou, donc plus dangereux), puis la banalisation grossière, nous en sommes maintenant à la minimisation²⁵. » Le législateur aurait ainsi méconnu sa propre compétence.

Le délit de « minimisation outrancière » est-il contraire au principe de légalité des délits et des peines²⁶ ? La loi déferée pouvait également contrevenir à ce principe en raison de son imprécision, mais le Conseil constitutionnel n'a pas examiné ce grief, ni celui du principe d'égalité, au sens où il apparaît également aléatoire de pénaliser la contestation d'un seul génocide.

La normativité renvoie aussi à une exigence de qualité de la loi pour lutter contre l'inflation législative. Le Conseil d'État va jusqu'à discerner dans la complexité croissante des normes une menace pour l'État de droit²⁷. Il s'agit en quelque sorte

20. Erwan Kerviche, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », *VII^e Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, 25-27 septembre 2008.

21. Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 (première censure pour non normativité) et décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005.

22. Bertrand Mathieu, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.

23. Consacré dans la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

24. CC, décision n° 2009-580 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion, cons. 24.

25. Françoise Chandernagor, « Lois mémorielles : un monstre législatif », art. cit.

26. Le principe de légalité des délits et des peines « implique l'emploi d'incriminations précises hors des incertitudes d'un langage en quête de définitions propres à protéger de l'arbitraire du juge pénal », François Terré, « L'histoire jugera », *La Semaine juridique*, 12 mars 2012, nos 11-12, p. 525.

27. CE, rapport public 2006 : « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française, p. 233 sq.

d'une exigence de précision justifiée par le principe de sécurité juridique²⁸ et de prévisibilité du droit, de protection contre l'arbitraire et la séparation des pouvoirs.

Un critère de distinction des lois mémorielles

La justification de l'exigence de normativité de la loi se trouve dans la distinction à établir entre les différentes lois mémorielles qui n'ont ni les mêmes fonctions ni la même portée²⁹. Certaines créent des droits nouveaux ou des nouveaux délits alors que d'autres sont simplement déclaratives. Le Conseil constitutionnel a volontairement choisi de distinguer les lois purement déclaratives, de reconnaissance législative, des lois normatives, instituant ou non des sanctions pénales.

Seule la loi du 29 janvier 2001, reconnaissant le génocide arménien de 1915, a une fonction purement déclarative. Les lois du 21 mai 2001 et du 23 février 2005, sans être de nature pénale, ont une fonction normative parce qu'elles énoncent des règles de droit qui posent un certain nombre de prescriptions. La loi Taubira du 21 mai 2001 permet aux associations de défense de la mémoire des esclaves de se porter parties civiles dans un procès pour provocation à la discrimination, à la haine ou la violence, pour diffamation ou pour injure au sens des articles 24 dernier alinéa, 32 alinéa 2, et 33 alinéa 3 de la loi

sur la presse de 1881, tandis que la loi du 23 février 2005³⁰ fixe les droits des harkis. La loi Gayssot contient, quant à elle, une norme pénale, applicable par les juges, puisqu'elle crée le délit de négationnisme du génocide des juifs (jugée conforme à l'article 10 de la CESDH par les juges français et par la Commission européenne). La loi du 23 janvier 2012 va encore plus loin puisque c'est le Parlement qui a décidé de pénaliser le génocide arménien.

Le Conseil constitutionnel précise qu'« une disposition législative ayant pour objet de “reconnaître” un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi³¹ ». Il est fait ici allusion à la loi du 29 janvier 2001, sans dire expressément que cette loi est inconstitutionnelle, elle est jugée déclarative. Donc le Conseil ne censure pas la reconnaissance législative des génocides en elle-même mais le fait qu'elle puisse avoir des conséquences opératoires, notamment au plan pénal. Cependant, une loi déclarative est sans effet juridique et, en adoptant des lois déclaratives, le législateur outrepassé le cadre normatif fixé par l'article 34 de la Constitution. La décision reste paradoxale puisque le Conseil constitutionnel affirme que la loi de 2001 est purement déclarative, donc inconstitutionnelle, sans la censurer. En raison de l'a-normativité que le Conseil constitutionnel

28. La notion de sécurité juridique est absente du corpus constitutionnel et se rattache souvent soit à la notion de « sûreté » qui, aux termes de l'article 2 de la Déclaration, est l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme avec la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression, soit à la notion de « garantie des droits » inscrite à l'article 16 de la Déclaration : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

29. Marc Frangi, « Les lois mémorielles : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *RDP*, 2005, p. 251.

30. Voir note 14 ci-dessus.

31. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

impute à la loi de 2001, il y a peu de chance que celle-ci donne lieu à une QPC dans l'avenir.

À ce propos, le Conseil, en application de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*³², aurait pu constater l'inconstitutionnalité de la loi du 29 janvier 2001. Mais les requérants n'ont pas formellement soulevé ce grief et les Sages ont sans doute considéré que la loi de 2001, purement déclarative, est *a priori* inoffensive à l'égard des droits et libertés.

150 Cependant le Conseil constitutionnel précise que « l'article 1^{er} de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide "reconnus comme tels par la loi française"³³ ». Ce considérant démontre que la loi du 23 janvier 2012 est, elle, normative.

Ainsi, le Conseil constitutionnel utilise comme norme de référence l'exigence de normativité de la loi pour condamner de manière plus générale le processus inadapté d'adoption législative des textes mémoriels. En ce sens, le principe de normativité de la loi apparaît comme un principe structurant, indispensable à la protection des droits fondamentaux, et notamment de la liberté d'expression qui reste, en l'affaire, le nœud gordien des réflexions du Conseil.

UNE PROTECTION RENFORCÉE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION FACE AUX LOIS MÉMORIELLES

« Le problème c'est que toutes les lois constructivistes échouent à long terme, toujours. C'est une mécanique implacable qui se met en branle dès lors que le droit positif s'oppose aux droits de l'homme, en l'occurrence ici, à la liberté d'expression³⁴. »

En se plaçant sur le terrain général de la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel semble condamner la logique même des lois mémorielles, marquant ainsi sa volonté de contrôler strictement les limites apportées à la liberté d'expression tout en délivrant, de manière paradoxale, un brevet de constitutionnalité à la loi Gayssot.

L'utilité du contrôle de proportionnalité

« La liberté d'expression constitue un baromètre infallible du caractère authentiquement libéral d'une société déterminée : là où elle se trouve menacée, on peut être sûr que les libertés en général ne tarderont guère à dépérir³⁵. »

La liberté d'expression est garantie par des dispositions constitutionnelles et internationales : l'article 11 de la DDHC, l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 14 décembre 2007, l'article 10 de la CEDH et l'article 19 du Pacte international relatif

32. CC, 25 janvier 1985, n° 85-187 DC : « La régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine. »

33. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

34. Alain Cohen-Dumouche, « Lois mémorielles et droits de l'homme », *Gauche libérale*, 15 janvier 2012 (www.gauchelibérale.org).

35. Pierre Wachsmann, « La liberté d'expression », notice 18, in Thierry-Serge Renoux (dir.), *Protection des libertés et Droits fondamentaux*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 243.

aux droits civil et politique du 16 décembre 1966. Considérée comme inhérente à une société démocratique, elle est dotée d'un champ particulièrement étendu³⁶. La jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant la liberté d'expression et de communication est abondante³⁷.

Le Conseil établit une distinction entre les abus de la liberté d'expression et la liberté d'expression : « Cette idée que la liberté d'expression n'est ni absolue ni illimitée est reprise par tous les textes juridiques modernes³⁸. » Il existe d'ailleurs en droit français de nombreuses infractions limitant la liberté d'expression : diffamation, injure, outrage au chef de l'État, diffusion de fausses nouvelles ou outrage aux bonnes mœurs.

Cependant, le Conseil constitutionnel rappelle que cette liberté est fondamentale et « d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés³⁹ ». Il renforce donc son contrôle sur les restrictions apportées par le législateur à l'exercice de cette liberté.

Pour le Conseil constitutionnel, toute limitation d'une telle liberté constitutionnelle doit être justifiée par sa conciliation avec l'exercice d'autres droits ou libertés de valeur constitutionnelle ou encore par la poursuite d'impératifs constitutionnels d'intérêt général. De même, cette limitation doit être non seulement opérée par la loi mais aussi adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. L'instrument utilisé par le Conseil constitutionnel pour vérifier la conciliation et la limitation des droits fondamentaux par le législateur est le principe de proportionnalité⁴⁰ : il « occupe une place centrale dans l'arbitrage, effectué par le juge, des motifs susceptibles de légitimer des restrictions à la liberté d'expression⁴¹ ».

L'ingérence dans un droit (d'opinion, d'expression) doit apparaître comme « une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la protection d'un intérêt légitime⁴² ». La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) précise que « la notion de nécessité implique un besoin social impérieux ; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée

36. En ce sens, les atteintes à la liberté d'expression doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi, CEDH, 17 décembre 1976, affaire *Handyside c. Royaume-Uni*.

37. Voir notamment : décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française ; décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales et minoritaire ; décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure ; décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet ; décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ; décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*.

38. Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histoire, sciences sociales*, vol. 54, n° 6, nov.-décembre 1999.

39. Voir CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

40. Voir Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *LGDJ*, 2002, p. 484-488 ; et Bernard Stirn, *Les Libertés en question*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 188-191.

41. Michael Hottelier et Eleanor McGregor, « La liberté d'expression : regards croisés sur ses sources, son contenu et ses fonctions », in « La liberté d'expression », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 8, 2010, p. 23.

42. Articles 8 à 11 CEDH ; articles 12, 14, 18, 19, 21 à 23 PIDCP (v. Xavier Dupré de Boulois, *Droits et Libertés fondamentaux*, Paris, PUF, 2010).

au but légitime poursuivi⁴³ ». Ainsi la Cour européenne cherche à établir un juste équilibre entre la protection des droits fondamentaux et la reconnaissance d'une grande marge nationale d'appréciation qui permet aux États de choisir les moyens par lesquels ils limitent l'exercice d'un droit ou d'une liberté. Cependant, quand elle exerce son contrôle de proportionnalité, la Cour européenne, en utilisant ce « besoin social impérieux », prouve qu'elle fait un contrôle extrêmement poussé.

152 La CEDH, comme la Cour de justice des communautés européennes et la majorité des Cours constitutionnelles européennes, exerce un contrôle de proportionnalité renforcé. De la même façon que la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, dans sa décision des *Pharmacies*⁴⁴, du 11 juin 1958, a divisé le principe de proportionnalité en trois sous-principes : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens strict.

Le Conseil constitutionnel, s'inspirant des jurisprudences constitutionnelles allemandes et communautaires, a également élaboré une définition tripartite de la proportionnalité⁴⁵. Il est ainsi amené traditionnellement à assurer trois types de contrôles :

– un contrôle d'adéquation : « la mesure législative en cause est-elle de nature à permettre la réalisation de l'objectif avancé par le législateur⁴⁶ ? » ;

– un contrôle de nécessité : « n'existe-t-il

pas des mesures moins contraignantes pour les personnes concernées pour parvenir à l'objectif poursuivi par le législateur⁴⁷ ? » ;

– un contrôle de proportionnalité : « la mesure législative ne porte-t-elle pas une atteinte excessive à des droits ou principes constitutionnels⁴⁸ ? »

En l'espèce, la restriction à la liberté d'expression est-elle inutile, inadaptée ou seulement disproportionnée ? Si le Conseil constitutionnel procède de manière traditionnelle à un contrôle de proportionnalité et de nécessité à l'égard de dispositions mettant en cause la liberté individuelle⁴⁹, dans sa décision du 28 février 2012, il se contente d'annoncer ce contrôle « tripartite » de proportionnalité sans en préciser les modalités concrètes ni le vice exact affectant la loi. « Surtout, il ne s'est pas prononcé sur la question essentielle qui avait agité le paysage médiatique français : l'incrimination de la négation du génocide arménien est-elle permise par la Constitution ? Le Conseil s'est concentré sur l'article 24 *ter*, et n'a pas examiné la norme qui résultait de l'adoption de ce texte combiné à la loi de reconnaissance du génocide arménien. L'affirmation, plus haut dans la décision, selon laquelle une limite de la liberté d'expression doit être « nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi » ne joue aucun rôle. [...] Dans la décision du Conseil, cette méthode de contrôle du respect de la Constitution est annoncée, mais n'est pas mise en application⁵⁰. »

43. CEDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986.

44. *Apothekenurteil*: BverfGE, 7, 377.

45. Voir DC n° 2008-582 du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté.

46. Xavier Dupré de Boulois, *Droits et Libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 189. Selon les cas, le CC peut mettre l'accent sur tel ou tel type de contrôle (plus de contrôle de proportionnalité et moins de contrôle de nécessité pour les droits qui ne sont pas des droits individuels).

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. CC, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté, *Rec.*, p. 89.

50. Thierry-Serge Hochmann, « Un paradoxe d'une portée limitée : le Conseil constitutionnel et le négationnisme », *Le Monde*, 20 mars 2012.

Si la liberté d'expression et de communication sert de base au considérant principal de la décision, le contrôle tripartite de proportionnalité est annoncé sans être mis en application. Une motivation laconique de la décision qui masque sans doute les contradictions d'un raisonnement qui se veut critique à l'égard des lois mémorielles dans leur ensemble tout en préservant la loi Gayssot de tout risque d'inconstitutionnalité.

*La volonté de délivrer
un brevet de constitutionnalité
à la loi Gayssot*

« Les lois mémorielles, loin d'être dépourvues de portée normative, sont plutôt entachées d'un vice d'incompétence, voire d'une violation de la séparation des pouvoirs en ce qu'elles pré-déterminent la qualification juridique de faits susceptibles de donner lieu à un procès pénal, empiétant alors sur l'office du juge invité implicitement à ne pas en retenir une autre⁵¹. »

Le Conseil constitutionnel a estimé en l'espèce que « le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication⁵² ». Pour le Conseil constitutionnel, le fait de réprimer par la loi la contestation de faits reconnus par la loi est en soi une atteinte disproportionnée et inadaptée à

la liberté d'expression : « Le choix de ce moyen d'inconstitutionnalité est donc délibéré et condamne la logique des lois mémorielles, lorsqu'elles se traduisent par une prohibition d'expression⁵³. »

En ne censurant que la reconnaissance législative assortie de sanction pénale, le Conseil constitutionnel met en exergue la spécificité de la loi Gayssot. La loi du 23 janvier 2012, à la différence de cette dernière, est contraire au principe de séparation des pouvoirs, puisque, en réprimant un génocide qu'il a lui-même qualifié de génocide, le Parlement s'érige en tribunal. La loi Gayssot peut, quant à elle, être adossée sur le statut du tribunal de Nuremberg et sur l'autorité de chose jugée des décisions rendues par ce tribunal. En effet, à la différence de la loi du 23 janvier 2012, la qualification de la Shoah ne résulte pas d'une qualification législative mais de l'article 6 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg.

D'ailleurs, le Comité des droits de l'homme du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme a jugé la loi Gayssot conforme au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Cour européenne des droits de l'homme conforme à la CESDH⁵⁴, dont l'article 10 § 2 admet des restrictions à la liberté d'expression⁵⁵. Il faut noter que la loi Gayssot n'est pas une exception en Europe. En Allemagne, les personnes qui « approuvent, contestent ou minimisent » les crimes contre l'humanité

51. Jérôme Roux, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normalité à l'inconstitutionnalité de la loi », *Recueil Dalloz*, n° 15, 12 avril 2012, p. 989.

52. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

53. Jean-Pierre Camby, « La loi et le négationnisme : de l'exploitation de l'histoire au droit au débat sur l'histoire », *Les Petites Affiches*, n° 70, 6 avril 2012, p. 20.

54. CEDH, 24 juin 1996, n° 31159/96, *Marais c/ France* ; CEDH, 24 juin 2003, n° 65831/01, *Garaudy c/ France*.

55. Voir Christian Charrière-Bournazel, « La liberté d'expression et ses limites », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007, vol. II, p. 235-251.

sont passibles du délit d'incitation à la haine raciale inscrit à l'article 130 du code pénal, qui prévoit l'application d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans. L'Autriche a, dès 1945, réprimé par une loi les propos négationnistes qui seraient « propres à réactiver le national-socialisme ». En Belgique, une loi du 23 mars 1995 réprime « la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand durant la Seconde Guerre mondiale » et prévoit l'application de peines d'emprisonnement ou la privation des droits civiques pour les personnes tenant de tels propos dans un cadre public.

Derrière les lois mémorielles, se pose bien le problème des limites de la liberté d'expression⁵⁶. Ainsi, en refusant de transférer au Conseil constitutionnel une QPC sur la loi Gayssot, le 7 mai 2010, au motif « que l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne⁵⁷ », la Cour de cassation a adopté une position critiquable puisque le Conseil aurait dû juger lui-même de sa conformité avec la liberté d'expression et de communication. La référence à « des textes régulièrement introduits en droit interne » ne préjuge en rien de cette compatibilité.

La loi du 23 janvier 2012 a été principalement censurée sur la reconnaissance législative, puisqu'elle faisait également référence à des textes internationaux : notamment la décision-cadre du Conseil de l'Union du 28 novembre 2008⁵⁸ qui se fonde sur l'article 29 du Traité sur l'Union européenne, mentionnant la lutte contre le racisme et la xénophobie parmi les objectifs de rapprochement des règles de droit pénal des États membres. Les partisans de la loi du 23 janvier 2012 estimaient que c'était une transposition en droit interne de la décision-cadre du 28 novembre 2008, mais le texte européen n'oblige absolument pas les États membres à pénaliser la négation des génocides qu'ils ont reconnus par la loi. D'ailleurs, la France a émis une réserve en 2008 selon laquelle elle ne rendrait « punissable la négation ou la banalisation grossière des crimes [...] que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction internationale⁵⁹ ». Si la reconnaissance de tels actes est répandue dans la majorité des États membres, la pénalisation de la négation ne fait pas l'unanimité. La loi du 23 janvier 2012 s'éloigne au final de la décision-cadre.

Au-delà de la liberté d'expression, les lois mémorielles pouvaient également

56. Bertrand Mathieu, « Les lois mémorielles ou la violation de la Constitution par consensus », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 301. Solidement ancrée dans les textes constitutionnels français, la liberté d'expression a subi quelques limites apportées par le législateur, pour répondre à la protection d'autres exigences constitutionnelles (ordre public, droits d'autrui, valeurs de la République, contestation des lois « mémorielles » et des vérités historiques). Bertrand Mathieu, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 123, n° 1, p. 231-259. Bertrand Mathieu et Anne Levade, « Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation », *La Semaine juridique*, 2 avril 2012, n° 14, p. 680-684.

57. Cass., crim., 7 mai 2010, n° 09-80774. La Cour de cassation a ainsi estimé que la loi Gayssot tirait les conséquences d'une norme internationale régulièrement ratifiée et publiée en droit interne.

58. Décision-cadre n° 2008/913/JAI du 28 novembre 2008.

59. Déclaration de la France annexée à la décision-cadre du 28 novembre 2008.

faire référence à la méconnaissance de la liberté de recherche, mais il est loisible de considérer que le grief de la violation de la liberté d'expression et de communication englobe également celui de la liberté de recherche. Comme le souligne Michel de Villiers, « le véritable problème n'est pas, ici, celui de l'histoire saisie par le droit. Mais celui d'une histoire refoulée par le politique⁶⁰ ».

La décision d'espèce emporte-t-elle une inconstitutionnalité définitive de toute loi mémorielle⁶¹ ? Suite à la récente élection présidentielle, la question se pose de savoir ce que fera le nouveau président de la République.

Préparer un nouveau texte sur la pénalisation du génocide arménien reste sujet à caution. Bertrand Mathieu assure que « la décision du Conseil constitutionnel va mettre un frein au délit d'opinion, surtout si c'est le législateur qui fixe lui-même la vérité historique. Symboliquement, le Conseil a choisi de mettre l'accent sur la liberté d'expression sans répondre aux autres arguments. Or, à partir du moment où il vise ce principe emblématique très large qui englobe la liberté des chercheurs, des journalistes et de tout citoyen, cela ne laisse quasiment aucune marge au gouvernement pour reprendre un texte de loi d'effet équivalent⁶² ».

De plus, serait-ce bien utile ? En l'état du droit actuel, si une personne nie le génocide arménien, elle ne reste pas impunie. Il existe des voies de recours prévues au

pénal, par la loi du 29 juillet 1881 (art. 24, 32 et 33), et au civil sur le fondement de l'article 1382 du code civil⁶³.

Au vu des normes de référence choisies par le Conseil constitutionnel, il est possible de considérer que la décision du 28 février 2012 est de portée générale et condamne la logique même des lois mémorielles. Si le Conseil constitutionnel avait eu à connaître d'une autre loi mémorielle, il aurait sans doute eu recours au même raisonnement, puisqu'en dehors de la loi du 29 janvier 2001, purement déclarative, les trois autres lois mémorielles contiennent des dispositions normatives et sont donc susceptibles de porter atteinte à la liberté d'expression.

Cependant, en ne sanctionnant pas expressément la loi du 29 janvier 2001, le Conseil constitutionnel condamne le mode d'adoption des lois mémorielles, plus que l'intervention du Parlement dans le droit mémoriel. Si, en vertu de l'article 3 de la Constitution, le Parlement co-exerce la souveraineté nationale appartenant au peuple et a la légitimité et la compétence pour investir le terrain mémoriel, la solution d'avenir pourrait être de remplacer les lois déclaratives par des résolutions et de renforcer le contrôle du Conseil pour les lois non déclaratives.

Du point de vue du Parlement, les lois déclaratives laisseraient la place aux résolutions de l'article 34-1 de la Constitution : « À l'histoire officielle, la force de la loi, à la mémoire officielle, la souplesse de la

60. Michel de Villiers, « La question de la portée des lois mémorielles », in Thierry-Serge Renoux (dir.), *Protection des libertés et Droits fondamentaux*, op. cit., p. 275.

61. Voir Paul Cassia, « La fin de la saga des lois mémorielles », *Libération*, 29 février 2012 ; Jean-Pierre Camby, « La loi et le négationnisme », art. cit.

62. Cité par Laurence Neuer, « Génocide arménien : faut-il s'obstiner ? », *Le Point*, 28 février 2012.

63. Certes, seule la négation de la Shoah peut donner lieu à des poursuites pénales, mais la contestation des autres génocides est passible d'une action au civil.

résolution⁶⁴. » Bernard Accoyer mettait en exergue le fait que cette intrusion législative dans l'histoire était la conséquence de la limitation des pouvoirs du Parlement depuis 1958, privé du pouvoir de voter des résolutions jusqu'à la réforme de 2008⁶⁵. Cela permettrait de recentrer la loi sur sa vocation normative tout en permettant au Parlement d'exercer sa fonction tribunitienne. C'est dans cet esprit que le Parlement européen avait adopté, le 18 juin 1987, une résolution en faveur de la reconnaissance du génocide arménien, à l'instar du Bundestag le 15 juin 2005.

156 En revanche, pour les lois non déclaratives, le contrôle du Conseil constitutionnel devrait être renforcé, notamment par la précision des normes de référence, par l'application systématique des différentes techniques du contrôle de proportionnalité, par le biais des réserves d'interprétation pour concilier libertés et autres objectifs (ordre public, intérêt général, etc.).

Dans cet article, on a pu montrer que le Conseil constitutionnel gardait en matière de lois mémorielles une large

marge de manœuvre, aussi bien en termes de normes de référence que de techniques de contrôle. De nombreux griefs soulevés par les requérants, comme la liberté de la recherche, le principe d'égalité entre citoyens, le principe de légalité des délits et des peines ou celui de nécessité des peines, n'ont pas été examinés dans la décision. En fondant sa censure sur la distinction des lois mémorielles (les lois déclaratives sont inopérantes et les lois mémorielles normatives de reconnaissance législative inconstitutionnelles) et sur la liberté d'expression et de communication, plus large que le dispositif pénal, le Conseil constitutionnel a marqué sa désapprobation de principe envers les lois mémorielles.

En raison de la violation présumée de nombreux autres principes constitutionnels et des marges de manœuvre dont il dispose, il est peu probable qu'un prochain texte mémoriel échappe à la censure avisée du Conseil constitutionnel, garant essentiel de la liberté d'expression et, au-delà, de l'État de droit.

64. Erwan Kerviche, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », contrib. citée.

65. Bernard Accoyer, Rapport d'information du 18 novembre 2008 sur les questions mémorielles, AN, n° 1262. Après audition de nombreux juristes et historiens, cette mission de l'Assemblée nationale conduite par le président B. Accoyer avait conclu qu'il ne fallait plus voter de lois mémorielles.