

Commentaire

Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2015

M. Vincent R.

(Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 8 octobre 2016 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 4632 du 6 octobre 2015) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Vincent R. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Dans sa décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, le Conseil constitutionnel a jugé cet article conforme à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. - L'introduction dans le droit français du délit de « négationnisme »

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse définit en ses chapitres IV et V les infractions commises par voie de presse ou par tout autre moyen de publication, leur régime répressif ainsi que les règles procédurales et de poursuite applicables.

Ces dispositions ont pour objet de sanctionner pénalement les abus commis dans l'exercice de la liberté d'expression. Sont ainsi réprimées notamment la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi (article 24), la diffamation (article 32) et l'injure (article 33).

Afin de renforcer et compléter le dispositif répressif existant, le législateur a, par l'article 9 de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite « *loi Gayssot* », créé un article 24 *bis* ainsi rédigé :

« 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

Commentaire

criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.

« *Le tribunal pourra en outre ordonner :*

« *1° L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51 du code pénal ;*

« *2° La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue ».*

La volonté de légiférer en la matière est née du constat de la montée en puissance des thèses négationnistes au cours des années 1980 et de l'insuffisance de l'arsenal répressif pour lutter contre celles-ci.

Les rapporteurs du texte devant l'Assemblée nationale et le Sénat¹ ont relevé, à cet égard, que les thèses et propos révisionnistes, par leur expression « *suffisamment prudente* » et sous couvert de la recherche historique et scientifique, parvenaient à échapper aux sanctions jusqu'alors prévues par la loi du 29 juillet 1881. Ils faisaient valoir que les éléments constitutifs des délits racistes visés par cette loi ne permettaient pas de sanctionner l'ensemble des propos révisionnistes.

C'est pourquoi le législateur a tenu à réprimer, en tant que tel, le fait de nier l'holocauste nazi, considérant qu'en lui-même, il « *servait de masque à l'antisémitisme* » et contribuait ainsi à diffuser des idées racistes².

Les dispositions de l'article 24 *bis* ont suscité de longs débats et de vives critiques tant devant l'Assemblée nationale que devant le Sénat.

Les opposants au texte ont fait valoir que le droit existant permettait de répondre à l'objectif recherché, que la création d'un tel délit reviendrait « *à instituer une vérité historique officielle* » et à instaurer, par là même, un délit d'opinion.

¹ M. François Asensi, *Rapport sur la proposition de loi tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, n° 1296, 26 avril 1990, IX^{ème} législature, Assemblée nationale ; M. Charles Lederman, *Rapport sur la proposition de loi modifiée par l'Assemblée nationale tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, n° 337, 31 mai 1990, Sénat.

² Cf. le rapport précité en note de bas de page numéro 8.

Ils estimaient, par ailleurs, que ces dispositions porteraient atteinte à la liberté d'expression et se heurteraient à la liberté de la science et à la liberté de la recherche. Il s'agirait ainsi, selon ces parlementaires, d'une loi *ad hominem*, liberticide et de circonstance. Enfin, les opposants à cette proposition de loi arguaient de ce qu'il n'appartenait pas au législateur de faire l'histoire³.

À l'inverse, les partisans du texte soutenaient que le révisionnisme ou la minimisation des crimes nazis relevaient du comportement raciste et constituaient le principal vecteur de l'antisémitisme : « *il suffit de parcourir quelques écrits dits "révisionnistes" pour découvrir que la négation de l'holocauste n'est qu'une expression du racisme et le principal vecteur contemporain de l'antisémitisme* »⁴.

À cet égard, Patrick Wachsman, professeur à l'Université de Strasbourg, dans le cadre d'une réflexion sur le rapport entre liberté d'expression et négationnisme, indique qu'il existe une spécificité dans « *l'entreprise négationniste* » qui la distingue du « *simple racisme* ». Le négationnisme repose sur une « *démarche systématique* », il s'inscrit dans un « *dessein* », un projet idéologique et politique. Ainsi « *la négation du génocide perpétré par les nazis et leurs complices à l'encontre des Juifs fait partie du projet génocidaire lui-même* »⁵.

À trois reprises, le texte présenté devant le Sénat a été rejeté par l'adoption d'une question préalable. La commission mixte paritaire qui s'est réunie le 29 juin 1990 n'étant pas parvenue à l'adoption d'un texte commun, l'Assemblée nationale a statué définitivement en application des dispositions de l'article 45, alinéa 4, de la Constitution.

La loi du 13 juillet 1990 n'a pas été soumise, avant sa promulgation, au contrôle du Conseil Constitutionnel.

2. - Les éléments constitutifs du délit de « négationnisme »

Postérieurement à son entrée en vigueur, l'article 24 *bis* a été modifié par l'article 247 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 ainsi que par la loi du n° 2014-1353 du 13 novembre 2014. Ces modifications n'étaient pas relatives à l'incrimination elle-même prévue par cet article. Elles ont porté d'une part sur la suppression de l'obligation de publication prévue par le 2° et d'autre part sur le

³ Voir le compte-rendu des débats, 1^{ère} séance du 2 mai 1990, JO. Débats Assemblée nationale ; rapport de M. Charles Lederman précité.

⁴ Propos du garde des sceaux.

⁵ « *Liberté d'expression et négationnisme* », revue trimestrielle des droits de l'Homme (2001), p. 586.

remplacement des mots « *des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24* » par les mots : « *d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende* ».

a. - L'élément matériel de l'infraction

- *La contestation* :

L'article 24 *bis* réprime la contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité. La contestation revient à tenir pour inexacts ou non-prouvés les crimes visés à l'article 24 *bis*⁶.

La contestation peut recouvrir plusieurs formes : « *la négation, leur mise en doute ou leur minimisation* »⁷.

La présentation des propos ou thèses « *sous forme déguisée ou dubitative* », l'insinuation, de même que la « *minoration outrancière du nombre* »⁸ entrent également dans les prévisions de l'article 24 *bis*.

- *Les moyens de publication ou de publicité* :

Les propos ou thèses révisionnistes doivent revêtir un caractère public. Cette publicité se compose d'un élément matériel et d'un élément intentionnel.

Aux termes de l'article 24 *bis* : « *Seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ceux qui auront contesté, **par un des moyens énoncés à l'article 23*** ».

L'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 énumère les modes de publication des propos incriminés. Ils peuvent se présenter sous la forme « *des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, (...) 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, (...) par des placards ou des affiches exposés au regard du public, (...) par tout moyen de communication au public par voie électronique* ».

⁶ Patrick Waschmann, article précité, p.589 : « (...) il [le discours négationniste] tient pour inexacte ou non prouvée une réalité historique attestée par les survivants et que les tribunaux, à commencer par celui de Nuremberg, ont établie de manière constante ».

⁷ M. Charles Lederman, rapport précité.

⁸ Cass. Crim, 12 septembre 2000, n° 98-88.200 ; Cass.crim, 17 juin 1997, n° 94-85.126

Commentaire

Il ressort de ces dispositions que les supports de diffusion sont conçus de manière large. Ainsi, les moyens de publicité peuvent prendre toute forme d'expression, qu'il s'agisse de l'écrit, de la parole, en de l'image ou du dessin.

En outre, la publicité peut se définir comme « *la mise à la disposition du public d'un message* ». Il suit de là que la nature du public en cause participera à la détermination de la condition de publicité.

Le juge tiendra compte des conditions d'accès au lieu, du nombre des destinataires du message, de la nature du lien qui unit ces personnes à travers notamment la notion de « *communauté d'intérêts* », laquelle renvoie à des individus ciblés partageant les mêmes objectifs et a pour effet d'exclure tout caractère public aux propos et thèses.

Il en résulte notamment que les échanges confidentiels n'entrent pas dans les prévisions de l'article 23.

L'élément intentionnel se révélera par la volonté d'une diffusion la plus large possible du propos. Aussi, doit-il avoir été rendu public, porté à la connaissance « *dans des circonstances traduisant une volonté de le rendre public* »⁹.

- *Les crimes contre l'humanité dont la contestation est l'objet :*

Les crimes contre l'humanité visés par l'article 24 *bis* sont circonscrits aux seuls crimes « *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'accord de Londres du 8 août 1945 a notamment pour objet d'instituer un tribunal militaire international ayant compétence pour juger les criminels de guerre des pays européens de l'Axe dont les crimes ont été commis sans localisation géographique précise, que ces criminels soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes, ou à ce double titre¹⁰.

⁹ Cass. crim., 27 nov. 2012, n° 11-86.982.

¹⁰ Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945. Article 1^{er} « *Un Tribunal Militaire International sera établi, après consultation avec le Conseil de Contrôle en Allemagne, pour juger les criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation géographique précise, qu'ils soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes, ou à ce double titre.* »

Commentaire

L'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord précité énumère limitativement les crimes soumis à sa juridiction :

« (a) ' Les Crimes contre la Paix ' : c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ;

« (b) ' Les Crimes de Guerre ' : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;

« (c) ' Les Crimes contre l'Humanité ' : c'est-à-dire 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 ».

L'article 6 du statut précité fait ainsi des crimes contre l'humanité une catégorie autonome, laquelle se distingue des crimes contre la paix et des crimes de guerre.

L'article 9 du statut du tribunal militaire, quant à lui, donne compétence à cette juridiction pour déclarer, à l'occasion d'un procès, un groupe ou une organisation comme « organisation criminelle »¹¹.

En application de ces dispositions, le tribunal militaire international de Nuremberg a déclaré comme criminels le corps des chefs du parti nazi, le SD (service de renseignements de la SS), les SS et la Gestapo.

¹¹ Article 9 de l'Accord de Londres précité : « Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle (...) »

Commentaire

Les personnes reconnues coupables de tels crimes par une juridiction française ou internationale doivent s'entendre des personnes « *déjà condamnées à ce titre et qui pourraient n'avoir pas appartenu à une des organisations criminelles précitées* »¹².

Il s'ensuit que l'article 24 *bis* limite le délit de révisionnisme à la contestation des seuls crimes commis pour le compte des puissances européennes de l'Axe avant ou pendant la seconde guerre mondiale, par les membres des organisations déclarées criminelles par le tribunal militaire de Nuremberg ou par toute autre personne condamnée par une juridiction nationale ou internationale.

Dès lors, les crimes contre l'humanité répondant aux critères des articles 211-1 et 212-1 du code pénal, d'une part, et, les crimes commis à d'autres périodes, d'autre part, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 24 *bis*.

Cette lecture est clairement confirmée par les travaux préparatoires. Ainsi, le rapporteur devant l'Assemblée nationale avait indiqué qu'« *il s'agit donc bien de réprimer ceux qui contestent l'holocauste nazi, et non pas de viser l'ensemble des faits qui, dans tel ou tel pays, peuvent être considérés comme des crimes contre l'humanité* ».

b. - L'élément moral

Les dispositions de l'article 24 *bis* sont silencieuses s'agissant de l'élément intentionnel du délit de contestation¹³.

L'élément intentionnel résulte donc de la contestation elle-même. L'intention est révélée par « *la matérialité des faits* »¹⁴. C'est la teneur et la nature des propos et du discours qui permettront de déterminer « *la conscience de l'auteur de remettre en cause les crimes contre l'humanité* » visés par le texte¹⁵.

La volonté et la conscience d'atteindre le résultat incriminé sont appréciées au regard de la distanciation, de l'objectivité et du parti pris par la personne poursuivie¹⁶.

Cela conduit à examiner la sincérité, la légitimité, le caractère proportionnel du dommage par rapport au but poursuivi et la prudence des propos tenus,

¹² M. Charles Lederman, rapport précité.

¹³ Voir en ce sens Bertrand de Lamy. JurisClasseur. fascicule 3160. Révisionnisme.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Patrick Waschmann précité

autrement dit à qualifier parfois implicitement la bonne ou mauvaise foi de l'auteur.

« *La mauvaise foi* » de l'auteur est un élément qui permet ainsi à la Cour de cassation de distinguer ce qui relève de la critique ou du débat, de ce qui relève de la négation. Ainsi, elle a jugé que « *la minoration outrancière de ce nombre caractérise le délit de contestation de crimes contre l'humanité prévu et puni par ledit article, lorsqu'elle est faite de mauvaise foi* »¹⁷.

3. - La répression du délit de contestation de l'existence d'un crime contre l'humanité

La contestation de l'existence d'un crime contre l'humanité visé à l'article 24 *bis* expose son auteur à une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Les dispositions de l'article 24 *bis* prévoient une peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la condamnation.

L'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 fixe à un an le délai de prescription de l'action publique du délit de révisionnisme¹⁸.

B. – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le négationnisme

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et, avant l'institution d'une cour permanente, la Commission européenne des droits de l'homme ont eu à connaître de requête de personnes condamnées pour avoir nié l'holocauste. Dans son arrêt *Perinçek c/ Suisse* du 15 octobre 2015¹⁹, la Cour de Strasbourg résume ainsi sa jurisprudence en la matière :

« 209. *L'ancienne Commission avait été saisie sous l'angle de l'article 10 d'un certain nombre de requêtes portant sur la négation de l'Holocauste et sur d'autres propos concernant les crimes nazis, qu'elle avait toutes déclarées irrecevables (...). Dans ces affaires, il s'agissait de propos dont les auteurs – presque toujours des personnes qui défendaient des opinions comparables à celles des nazis ou étaient liées à des mouvements inspirés par le nazisme – jetaient le doute sur la réalité des persécutions et de l'extermination dont furent victimes des millions de juifs sous le régime nazi, affirmaient que l'Holocauste*

¹⁷ Cass. crim., 17 juin 1997, n° 94-85126.

¹⁸ « Pour les délits prévus par le huitième alinéa de l'article 24, l'article 24 bis, le deuxième alinéa de l'article 32 et le troisième alinéa de l'article 33, le délai de prescription prévu par l'article 65 est porté à un an. »

¹⁹ CEDH, arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, requête n° 27510/08.

était un « mensonge inacceptable » et une « escroquerie sioniste » montée de toutes pièces à des fins de manipulation politique, niaient ou justifiaient l'existence des camps de concentration, ou prétendaient soit que les chambres à gaz n'avaient jamais existé soit que le nombre de personnes qui y avaient été tuées était très exagéré et techniquement irréaliste. Se référant souvent aux antécédents historiques des États concernés, la Commission avait assimilé ces propos à des attaques contre la communauté juive intrinsèquement liées à l'idéologie nazie, antithèse de la démocratie et des droits de l'homme. Elle y avait vu une incitation à la haine raciale, à l'antisémitisme et à la xénophobie, concluant de ce fait que les condamnations pénales prononcées contre leurs auteurs étaient « nécessaires dans une société démocratique ». Dans certaines de ces affaires, elle s'était appuyée sur l'article 17 pour interpréter l'article 10 § 2 de la Convention et conforter sa conclusion confirmant la nécessité de l'ingérence.

« 210. Postérieurement au 1er novembre 1998, la Cour a elle aussi été saisie de plusieurs requêtes de ce type, qu'elle a de la même manière déclarées irrecevables (Witzsch c. Allemagne (no 1) (déc.), no 41448/98, 20 avril 1999, Schimanek c. Autriche (déc.), no 32307/96, 1er février 2000, Garaudy c. France (déc.), no 65831/01, CEDH 2003-IX, Witzsch c. Allemagne (no 2) (déc.), no 7485/03, 13 décembre 2005, et Gollnisch c. France (déc.), no 48135/08, 7 juin 2011). Ces affaires concernaient aussi des propos dont les auteurs niaient de différentes façons l'existence des chambres à gaz, qualifiaient celles-ci d'« imposture » et l'Holocauste de « mythe », appelaient leur évocation le « business de la Shoah », des « mystifications à des fins politiques » ou de la « propagande », ou contestaient le nombre de personnes tuées et disaient de manière ambiguë que les chambres à gaz étaient une question qui relevait des historiens. Dans l'une de ces affaires, les propos s'étaient limités à affirmer qu'il était faux de dire qu'Hitler et le NSDAP avaient planifié, initié et organisé le massacre de juifs (Witzsch (no 2), décision précitée).

« 211. Dans trois de ces affaires, la Cour, dans un raisonnement similaire à celui de l'ancienne Commission, a jugé « nécessaires dans une société démocratique » les ingérences dans le droit des requérants à la liberté d'expression (Schimanek, Witzsch (no 1), et Gollnisch, décisions précitées).

« 212. Cependant, dans les deux autres affaires, elle s'est appuyée sur l'article 17 pour juger incompatibles ratione materiae avec les dispositions de la Convention les griefs de violation de l'article 10. Dans sa décision précitée Garaudy, elle a conclu que, en mettant en cause la réalité, l'ampleur et la gravité de l'Holocauste, qui ne faisaient pas l'objet de débats entre historiens mais étaient au contraire clairement établis, M. Garaudy avait cherché à réhabiliter le régime nazi et à accuser les victimes de falsification de l'histoire.

De tels actes étaient selon elle incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et s'analysaient en un détournement du droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. Dans sa décision précitée Witzsch (no 2), elle a estimé, avec les tribunaux allemands, que les propos de M. Witzsch témoignaient de son mépris à l'égard des victimes de l'Holocauste ».

Dans sa décision *Perinçek c/ Suisse*, la CEDH a, en revanche, sanctionné la Suisse pour avoir condamné un homme politique turc qui avait publiquement exprimé en Suisse l'opinion que les déportations massives et massacres subis par les Arméniens au sein de l'Empire ottoman en 1915 et les années suivantes ne constituaient pas un génocide. La CEDH a notamment estimé que l'ingérence dans les droits de M. Perinçek résultant de sa condamnation n'était pas « *nécessaire dans une société démocratique* », dès lors que les propos tenus ne pouvaient être assimilés à des appels à la haine, à la violence ou à l'intolérance. Toutefois, dans la motivation de cette décision et dans la communiqué de presse relatif à celle-ci, la Cour rappelle qu'en revanche « *Dans les affaires portées devant l'ancienne Commission et devant la Cour concernant des propos relatifs à l'Holocauste, pour des raisons tenant à l'histoire et au contexte, ces propos ont invariablement été présumés pouvoir l'être* ».

C. - Éléments de droit comparé

De nombreux États européens se sont dotés d'une loi réprimant la contestation des crimes contre l'humanité.

Cependant, les objectifs poursuivis et l'économie des textes adoptés diffèrent d'un État à l'autre. À cet égard, la CEDH constate l'absence de consensus en la matière²⁰.

La CEDH classe les États contractants en quatre catégories. La première regroupe ceux qui n'ont pas souhaité adopter de texte criminalisant la négation d'évènements historiques (Finlande, Royaume-Uni, Suède...). La deuxième catégorie se compose d'États, dont la France, qui incriminent la contestation des seuls crimes nazis (Allemagne, Autriche, Belgique, Pays-Bas, Roumanie). La troisième catégorie d'États concerne ceux qui incriminent les crimes nazis ainsi que les crimes communistes (Pologne et République tchèque). Enfin, la quatrième catégorie réunit les États réprimant la négation de tout génocide (Suisse, Chypre, Hongrie, Luxembourg...).

²⁰ Arrêt *Perinçek c. Suisse* précité, §255-257

Le droit de l'Union européenne et le droit international traitent aussi de cette question.

Il ressort en effet de l'article premier de la décision cadre 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal²¹, lequel prévoit un rapprochement des législations des Etats membres en la matière, que : « 1. *Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les actes intentionnels ci-après soient condamnables : (...)*

« d) l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes définis à l'article 6 de la charte du Tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, visant un groupe de personnes ou 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.

« 2. Aux fins du paragraphe 1, les Etats membres peuvent choisir de ne punir que le comportement qui est soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant ».

Par ailleurs, dans une recommandation générale sur la lutte contre les discours de haine raciale²², le comité de l'ONU chargé de surveiller la mise en œuvre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui a été adoptée le 21 décembre 1965 recommande « *que la négation ou les tentatives publiques de justification de crimes de génocide et de crimes contre l'humanité, tels que définis en droit international, soient déclarées délits punissables par la loi, à condition qu'elles constituent clairement un acte d'incitation à la haine ou à la violence raciale. Le Comité souligne aussi que « l'expression d'opinions sur des événements du passé » ne devrait pas être interdite ni punie* ».

D. – Origine de la QPC et question posée

M. Vincent R. a publié, sur son site Internet et sur le site Youtube, des articles dans lesquels il expose des théories mettant en doute l'existence des chambres à gaz.

Il a été poursuivi du chef de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité et condamné par un jugement rendu par le tribunal

²¹ Décision cadre 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal adoptée le 28 novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne

²² Recommandation n°35 du 26 septembre 2013, CERD/C/CG/35, paragraphe 14

correctionnel de Coutances, le 11 février 2015. Ce jugement a été réformé par un arrêt de la Cour d'appel de Caen qui a réduit la peine à un an d'emprisonnement.

Le 22 juin 2015 le requérant a formé un pourvoi devant la Cour de cassation à l'encontre de cet arrêt et, à cette occasion, a soulevé une QPC ainsi rédigée : « *L'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution française du 4 octobre 1958 et notamment : - au principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (qui impose que la loi soit la même pour tous) et par l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 (qui impose l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion) ; - à la liberté d'opinion garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (qui permet sa manifestation dans la stricte limite du trouble à l'ordre public) ; - à la liberté d'expression garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (considérée, sauf abus, comme consubstantielle à la démocratie et à l'Etat de droit) ?* ».

Par l'arrêt du 6 octobre 2015 précité, la Cour de cassation a renvoyé la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel au motif que « *la question posée présente un caractère sérieux, en ce que la disposition critiquée, qui incrimine la seule contestation des crimes contre l'humanité 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 des membres d'une organisation criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, est susceptible de créer une inégalité devant la loi et la justice* ».

La Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA), le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP) et l'Association pour la Neutralité de l'Enseignement de l'Histoire Turque dans les Programmes Scolaires (ANEHTPS) sont intervenus au soutien de la constitutionnalité de la disposition contestée.

Plusieurs personnes physiques sont intervenues au soutien de la QPC.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Le requérant soutenait que les dispositions contestées portent atteinte, d'une part, à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression et, d'autre part, au principe d'égalité devant la loi dès lors que la négation des crimes contre l'humanité autres que ceux mentionnés à l'article 24 *bis* n'est pas pénalement réprimée.

A. – Les griefs tirés de l’atteinte à la liberté d’opinion et d’expression

1. – La jurisprudence constitutionnelle

a. – La liberté d’expression

La protection constitutionnelle de la liberté d’expression se fonde sur l’article 11 de la Déclaration de 1789 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Le Conseil constitutionnel ajoute qu’il s’agit là d’une liberté fondamentale « *d’autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l’une des garanties du respect des autres droits et libertés* » et « *que les atteintes portées à l’exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l’objectif poursuivi* »²³.

La liberté d’expression figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit qui peuvent être invoqués à l’appui d’une QPC (n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010²⁴).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel protégeant la liberté de communication et d’expression est abondante, surtout dans le domaine du contrôle des dispositions législatives relatives aux médias, à la presse et à l’audiovisuel²⁵. Cette jurisprudence a d’abord pour objet de protéger cette liberté dans sa dimension « passive », le citoyen recevant des informations. Compte tenu du rôle que joue internet dans l’accès à l’information, la protection constitutionnelle de la liberté de communication et d’expression, s’applique également à internet, comme le montre la décision du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet²⁶.

Le Conseil constitutionnel a eu, mais plus rarement, l’occasion de veiller aussi à la protection de cette liberté d’expression dans sa dimension « active ».

Dans cette dernière dimension, le Conseil constitutionnel a contrôlé à deux reprises une infraction pénale au regard de la liberté d’expression.

²³ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15.

²⁴ Décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*.

²⁵ Voir notamment, pour une application récente dans le domaine audiovisuel : décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*.

²⁶ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée.

Commentaire

Dans sa décision n° 2003-467 DC²⁷, il a ainsi jugé que l'outrage public à l'hymne national ou au drapeau tricolore ne méconnaissait pas la liberté d'expression au terme du raisonnement suivant :

« 99. *Considérant que cet article insère dans le code pénal un article 433-5-1 ainsi rédigé : " Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 euros d'amende. - Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende" ;*

« 100. *Considérant que les députés et sénateurs requérants estiment que ces dispositions portent "une atteinte grave à la liberté d'expression, de conscience et d'opinion" ; qu'elles sont en outre contraires "au principe de légalité des délits et des peines et au principe de nécessité des sanctions" ;*

« 101. *Considérant, d'une part, que l'article 10 de la Déclaration de 1789 dispose 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" ; qu'en vertu de l'article 11 de la Déclaration : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" ;*

« 102. *Considérant, d'autre part, qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 2 de la Constitution "L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge" ; qu'à ceux de son troisième alinéa : "L'hymne national est La Marseillaise" ;*

« 103. *Considérant, enfin, qu'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, toutefois, il lui incombe d'assurer, ce faisant, la conciliation des exigences de l'ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées ;*

« 104. *Considérant que sont exclus du champ d'application de l'article critiqué les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementés par elles ; que l'expression "manifestations réglementées par les autorités publiques", éclairée par les travaux parlementaires, doit s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se*

²⁷ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*.

Commentaire

déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent ;

« 105. Considérant qu'en instituant un tel délit, le législateur a effectué la conciliation qu'il lui appartenait d'assurer entre les exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus ; que la peine qu'il a fixée ne revêt pas de caractère manifestement disproportionné par rapport à l'infraction ».

Dans sa décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012²⁸, le Conseil a jugé de la conformité à la liberté d'expression de l'article 1^{er} de la loi qui réprimait la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide *« reconnus comme tels par la loi française »*.

Le Conseil constitutionnel a alors jugé qu' *« il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer ; qu'il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers ; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ;*

« 6. Considérant 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 loi ; que, toutefois, l'article 1er de la loi déférée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide "reconnus comme tels par la loi française"; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de 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 communication ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1er de la loi déférée doit être déclaré contraire à la Constitution ; que son article 2, qui n'en est pas séparable, doit être également déclaré contraire à la Constitution ».

Le fondement de la censure réside donc dans l'atteinte que porte en elle-même à l'exercice de la liberté d'expression et de communication l'incrimination de la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes reconnus et

²⁸ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.

qualifiés comme tels par la loi.

Le Conseil constitutionnel a également confronté des dispositions de procédure pénale à la liberté d'expression dans le domaine des infractions de presse.

Dans sa décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011²⁹, le Conseil a censuré le cinquième alinéa de l'article 35 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, en vertu duquel la personne poursuivie pour diffamation peut toujours prouver la vérité des faits diffamatoires, sauf lorsque « *l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans* » après un contrôle de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité à l'objectif poursuivi. La question touchant au caractère proportionné de la mesure était délicate, la difficulté tenant à la portée de cette interdiction rédigée en des termes généraux et absolus. Au regard de la recherche historique, du débat scientifique ou de la controverse politique, l'interdiction de rapporter la preuve de faits imputés au motif qu'ils sont antérieurs de plus de dix ans est apparue excessive au Conseil constitutionnel. Il a jugé que le cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 « *visé sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général ; que, par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi* »³⁰.

Enfin, dans sa décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013³¹, le Conseil a considéré que les formalités très strictes pour attaquer un organe de presse en cas d'injure ou de diffamation (à peine de nullité, la citation doit préciser et qualifier le fait incriminé, indiquer le texte de loi applicable et contenir l'élection du domicile dans la ville où siège la juridiction saisie, l'assignation doit être notifiée au prévenu et au ministère public) assurent une conciliation qui n'est pas déséquilibrée entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel du demandeur et, d'autre part, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression et le respect des droits de la défense.

b. – La liberté d'opinion

La liberté d'opinion mentionnée à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ne paraît pas avoir une portée distincte de celle de la liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle. Parfois citée dans les griefs des requérants en

²⁹ Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, précitée.

³⁰ Ibid., cons. 6.

³¹ Décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, *Société Écocert France (Formalités de l'acte introductif d'instance en matière de presse)*

tant que telle, le Conseil constitutionnel s'appuie alors sur la liberté d'expression pour y répondre³².

Pour nombre d'auteurs, ces deux libertés sont d'ailleurs indissociables³³.

La liberté d'opinion est également citée à l'article 10 de la Déclaration de 1789 visé par le requérant : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ». Mais il s'agit en l'espèce de la liberté d'opinion en tant que liberté de conscience, qui a été reconnue au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit³⁴.

2. – L'application à l'espèce

La question qui était soumise au Conseil constitutionnel n'était pas déjà tranchée par sa jurisprudence, et notamment pas par sa décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

En effet, la censure prononcée en 2012 interdisait au législateur de réprimer pénalement la contestation d'une vérité historique établie par une loi.

Or, le dispositif de l'article 24 *bis* se démarque des lois dites « *mémorielles* » qui sont intervenues postérieurement à la loi dite Gayssot pour qualifier de crimes contre l'humanité certains événements de l'histoire. Ainsi, dans les lois n° 2001-70 du 29 janvier 2001³⁵ et n° 2001-434 du 21 mai 2001³⁶, c'est le législateur lui-même qui reconnaît publiquement le génocide arménien et qualifie la traite négrière et l'esclavage de crimes contre l'humanité, en l'absence de toute décision juridictionnelle et de toute possibilité de décision juridictionnelle ultérieure (compte tenu de l'ancienneté des faits et du décès de tous leurs auteurs).

Il convenait donc que le Conseil constitutionnel examine la disposition contestée au regard de sa jurisprudence relative à la liberté d'expression. Il résulte de celle-ci que, pour déterminer si l'atteinte à la liberté d'expression ressortant des dispositions contestées est conforme à la Constitution, il faut établir,

³² Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* ; décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupe et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*.

³³ « Il est difficile de séparer liberté d'opinion de la d'expression, cause et conséquence l'une de l'autre » (Pontier, 2011, p. 213) ; « La liberté d'expression est sœur de la liberté d'opinion » (Oberdorff, 2012, p. 437) ; « Liberté de conscience et d'opinion s'affirment nécessairement au travers d'une liberté voisine qu'est la liberté d'expression » (Favoreu, 2012, p. 281) ; « la liberté d'opinion inclut la liberté de conscience » (Oberdorff, 2012, p. 433, voir aussi Verpeaux et Matthieu, 2002).

³⁴ Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres (Célébration du mariage)*.

³⁵ Loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915

³⁶ 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

premièrement, qu'elle réprime « *un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* » et, deuxièmement, qu'elle est « *nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi* ».

Après avoir relevé qu'elle était visée par l'article 24 *bis* de la loi de 1881 la contestation des crimes contre l'humanité commis par des pays européens de l'Axe, il a relevé, en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1990 « *qu'en réprimant les propos contestant l'existence de tels crimes, le législateur a entendu sanctionner des propos qui incitent au racisme et à l'antisémitisme* » (cons. 6). Il a ensuite considéré « *que les propos contestant l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme ; que, par suite, les dispositions contestées ont pour objet de réprimer un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* » (cons. 7).

Le Conseil constitutionnel s'est ainsi inscrit dans une logique similaire à celle de la Cour de Strasbourg. Dans la décision *Garaudy* précitée, la CEDH a jugé en effet que « *la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public* »³⁷.

En ce qui concerne le caractère nécessaire, adapté et proportionné à l'objectif poursuivi des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions, « *en incriminant exclusivement la contestation de l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale, qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale, visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale ; que seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée ; que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques ; qu'ainsi, l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui en résulte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur* » (cons. 8).

³⁷ Arrêt précité, p. 29

Commentaire

Le caractère nécessaire découle de la consistance de l'abus, dès lors qu'il s'agit, par la disposition contestée, d'empêcher des discours de haine et de violence propageant le racisme et l'antisémitisme.

Le périmètre de l'infraction, limité à la contestation des seuls crimes commis durant la seconde guerre mondiale et reconnus comme tels par le Tribunal militaire international de Nuremberg, est adapté aux abus que souhaite réprimer le législateur.

Par ailleurs, en ce qui concerne la proportionnalité, il a été relevé, d'une part, que seule la négation ou la minoration outrancière des crimes précités est interdite. La Cour de cassation a ainsi jugé que la contestation du nombre de victimes de la politique d'extermination dans un camp de concentration déterminé n'entre pas dans les prévisions de l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881. Elle a également considéré que les déclarations suivantes n'entraient pas dans ces prévisions : « *Il n'y a aucun historien sérieux qui adhère intégralement aux conclusions du procès de Nuremberg, je pense que sur le drame concentrationnaire la discussion doit rester libre. Sur le nombre de morts, sur la façon dont les gens sont morts, les historiens ont le droit d'en discuter. L'existence des chambres à gaz, c'est aux historiens d'en discuter. Il n'existe plus aucun historien sérieux qui adhère intégralement aux conclusions du procès de Nuremberg. Cela ne fait pas de moi l'apologiste des crimes indiscutables commis par le National Socialisme au cours de la seconde guerre mondiale, régime pour lequel ni moi ni mes amis n'avons eu jamais la moindre sympathie. Le nombre effectif de morts, les historiens peuvent en discuter. Je ne remets pas en cause l'existence des camps de concentration, il y a eu des déportations pour des raisons raciales sans doute des centaines de milliers ou millions de personnes exterminées. Le nombre effectif des morts, 50 ans après les faits, les historiens pourraient en discuter. Moi je ne nie pas les chambres à gaz homicides mais la discussion doit rester libre. L'existence des chambres à gaz c'est aux historiens d'en discuter* ».

D'autre part, les dispositions incriminées ne sauraient être considérées comme interdisant tout débat historique. Le législateur a seulement entendu réprimer la contestation d'une décision judiciaire. Il ne s'agit pas d'établir une « *histoire officielle* », comme cela a pu être dit des lois mémorielles, mais de contrôler un discours portant sur des faits qui ont été jugés par des décisions de justice prononcées après discussion et examen contradictoire, comme le rappellent les travaux préparatoires de la loi Gayssot. M. Charles Lederman, rapporteur au Sénat, indiquait à cet égard, qu'il s'agit « *d'un dispositif suffisamment circonscrit pour éviter le risque de transformer nos magistrats en gardiens d'une vérité historique officielle* »³⁸.

³⁸ Lors de l'examen de la proposition de loi par la commission des lois au Sénat, le 31 mai 1990.

Le Conseil constitutionnel a donc écarté le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'expression.

B. – Le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale

Le requérant soutenait que les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant la loi dès lors que la négation des autres crimes contre l'humanité n'est pas réprimée pénalement et que cette différence de traitement ne découle d'aucune « *nécessité* », la contestation d'une décision de justice étant réprimée par ailleurs.

1. – La jurisprudence constitutionnelle

Le principe d'égalité fait l'objet de plusieurs jurisprudences constitutionnelles.

Dans le domaine de la justice pénale, il peut être fait application de l'égalité devant la justice, de l'égalité devant la loi pénale et de l'égalité devant la procédure pénale. En l'espèce, la jurisprudence pertinente est celle relative à l'égalité devant la loi pénale, dans la mesure où le Conseil est appelé à contrôler une incrimination pénale.

En ce qui concerne l'égalité devant la loi pénale, le Conseil constitutionnel a une jurisprudence bien établie qui se fonde exclusivement sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « *le principe d'égalité devant la loi pénale, tel qu'il résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par la loi pénale entre agissements de nature différente* ».

Le principe d'égalité devant la loi pénale a pour champ d'application principal la loi pénale elle-même, c'est-à-dire la loi qui définit les incriminations, désigne leurs auteurs, fixe les conditions d'engagement de la responsabilité ainsi que les peines encourues. Dans ce domaine, qui se rapproche de la nécessité et de la proportionnalité des peines, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est restreint. En effet, depuis la décision fondatrice « *sécurité et liberté* »³⁹, le Conseil reconnaît le plus large pouvoir d'appréciation au législateur pour fixer les incriminations.

À de nombreuses reprises, le Conseil constitutionnel a examiné des dispositions critiquées à l'aune du principe d'égalité devant la loi pénale. Il a ainsi jugé que ne méconnaissent pas ce principe :

³⁹ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

Commentaire

- des dispositions aggravant la peine pour destruction du bien d’autrui lorsque sont détruites des cultures en OGM⁴⁰ ;
- des dispositions faisant bénéficier d’une immunité pénale, en matière d’aide au séjour d’un étranger, les ascendants, descendants et conjoints sans l’étendre aux frères et sœurs ainsi qu’aux concubins⁴¹ ;
- des dispositions introduisant une différence « *pendant une durée limitée* » en matière de déchéance de nationalité française à raison de faits de terrorisme entre les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance⁴² ;
- des dispositions introduisant une différence territoriale de répression des sévices aux animaux selon qu’il existe ou non une « *tradition locale ininterrompue* »⁴³ ;
- des dispositions introduisant une différence de peine pour des faits qualifiés de manière identique alors que cette différence n’est pas justifiée par une différence de situation et en rapport direct avec l’objet de la loi⁴⁴.

En revanche, le Conseil a considéré que portaient atteinte au principe d’égalité devant la loi pénale :

- des dispositions instituant une exonération de responsabilité à caractère absolu⁴⁵ ;
- des différences de répression pénale portant sur la contrefaçon sur internet, selon qu’elle est commise ou non au moyen d’un logiciel de pair à pair⁴⁶ ;
- les différences d’incrimination de la rétention de précompte selon qu’elle est commise par un agriculteur (délit) ou un autre employeur (contravention)⁴⁷.

⁴⁰ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 33.

⁴¹ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l’autorité publique ou chargées d’une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. 12 et 13.

⁴² *Ibid*, cons. 20 à 23.

⁴³ Décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux)*, cons. 4 et 5.

⁴⁴ Décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013, *Association Emmaüs Forbach, (Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d’aide sociale)*.

⁴⁵ Décision n° 89-262 DC du 7 novembre 1989, *Loi relative à l’immunité parlementaire*, cons. 8 et 9.

⁴⁶ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, cons. 63 à 65.

⁴⁷ Décision n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, *Mme Catherine F., épouse L. (Sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles)*, cons. 6.

Les censures sont plus rares et correspondent à des cas dans lesquels l'avantage conféré à certaines personnes est exorbitant ou injustifiable tant les situations différemment traitées paraissent comparables.

2. - L'application à l'espèce

Il revenait tout d'abord au Conseil constitutionnel de déterminer si, par les dispositions contestées, le législateur avait traité différemment des situations différentes ou similaires.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel a jugé, d'une part, que « *la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi* » (cons. 10).

Toutefois, il convenait ensuite de savoir si, à l'intérieur même du cercle des crimes contre l'humanité ayant fait l'objet d'une reconnaissance par une juridiction française ou une juridiction internationale reconnue par la France, il existait ou non une différence de situation entre les crimes visés par les dispositions contestées et les autres.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu à juger d'une question liée au principe d'égalité en matière de crimes contre l'humanité. Dans sa décision n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, il a jugé inconstitutionnelles des dispositions excluant du bénéfice de l'exercice des droits reconnus à la partie civile, en ce qui concerne l'apologie de crimes de guerre, les associations qui se proposent de défendre les intérêts moraux et l'honneur des victimes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité autres que ceux commis durant la seconde guerre mondiale, dès lors « *d'une part, que le législateur n'a pas prévu une répression pénale différente pour l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité selon que ces crimes ont été commis ou non pendant la seconde guerre mondiale ; que, d'autre part, il ne ressort ni des dispositions contestées ou d'une autre disposition législative ni des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1990 l'existence de motifs justifiant de réserver aux seules associations défendant les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* »⁴⁸.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait censuré une asymétrie entre une règle de fond et une règle de procédure.

⁴⁸ Décision n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France (Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité)*, cons. 7.

Dans la QPC objet de la décision commentée, la problématique se présentait de manière différente.

Tout d'abord, il s'agissait de deux dispositions de fond pouvant être détachées l'une de l'autre (d'une part le code pénal réprime tous les crimes contre l'humanité, d'autre part, il ne réprime la négation que de certains d'entre eux).

Ensuite, et surtout, pour apprécier l'éventuelle existence d'une différence de situation, il convenait de comparer non pas les crimes contre l'humanité eux-mêmes mais les discours de négation de ces crimes.

Or, la négation des crimes contre l'humanité commis pendant la seconde guerre mondiale correspond à une réalité différente de la négation d'autres crimes contre l'humanité, compte tenu de la charge intrinsèquement raciste et antisémite qu'elle comporte et du fait qu'elle correspond à l'histoire passée et présente de notre pays. Comme l'indique un auteur « *la particularité de la négation résulte (...) de la volonté de ses auteurs de réhabiliter le national-socialisme et de leur intention, dissimulée ou non, d'ôter le statut de victime aux juifs et de dénoncer le soi-disant complot sioniste (...) il y a derrière ce discours une finalité politique. Du reste, seule la négation de ces crimes semble animée par une intention raciste, discriminatoire et antidémocratique et a pour but d'inciter à la violence et à la haine contre une partie des victimes* »⁴⁹. En somme, aucune autre négation d'un crime contre l'humanité reconnu comme tel par une décision de justice ne serait porteuse, dans notre société, d'une violence symbolique équivalente.

Enfin, les motifs ayant conduit le législateur à réprimer la négation de ces seuls crimes ressortaient clairement des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1990. L'objet de la disposition contestée n'est pas de protéger les victimes des crimes contre l'humanité, mais de lutter contre le racisme et l'antisémitisme, ce qui explique le choix de limiter l'incrimination au seul négationnisme des crimes contre l'humanité commis durant la seconde guerre mondiale

En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé que « *la négation des crimes contre l'humanité commis durant la seconde guerre mondiale, en partie sur le territoire national, a par elle-même une portée raciste et antisémite ; que, par suite, en réprimant pénalement la seule contestation des crimes contre l'humanité commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international de Nuremberg, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, le législateur a traité différemment des agissements de nature différente ; que cette différence de traitement est en*

⁴⁹ N. Droin, Le glas sonne-t-il pour la « loi Gayssot » ?, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 26.

Commentaire

rapport avec l'objet de la loi du 13 juillet 1990 susvisée qui vise à réprimer des actes racistes, antisémites ou xénophobes» (cons. 10).

Le Conseil constitutionnel, après avoir écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi pénale, a donc jugé conforme à la Constitution l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881.