

Décision n° 2012-647 DC
du 28 février 2012

(Loi visant à réprimer la contestation
de l'existence des génocides reconnus par la loi)

Le Conseil constitutionnel a été saisi, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, le 31 janvier 2012, par MM. Jacques MYARD, Michel DIEFENBACHER, Jean AUCLAIR, Jean-Paul BACQUET, Jean BARDET, Christian BATAILLE, Jean-Louis BERNARD, Marc BERNIER, Claude BIRRAUX, Jean-Michel BOUCHERON, Christophe BOUILLON, Bruno BOURG-BROC, Loïc BOUVARD, Pascal BRINDEAU, Yves BUR, Christophe CARESCHE, Gilles CARREZ, Gérard CHARASSE, Jean-Louis CHRIST, Pascal CLÉMENT, François CORNUT-GENTILLE, René COUANAU, Olivier DASSAULT, Jean-Pierre DECOOL, Lucien DEGAUCHY, Mme Sophie DELONG, M. Jean-Louis DUMONT, Mmes Cécile DUMOULIN, Marie-Louise FORT, MM. Yves FROMION, Jean-Paul GARRAUD, Daniel GARRIGUE, Claude GATIGNOL, Hervé GAYMARD, Paul GIACOBBI, Franck GILARD, Jean-Pierre GORGES, François GOULARD, Mme Arlette GROSSKOST, MM. Michel HEINRICH, Antoine HERTH, Mme Françoise HOSTALIER, MM. Denis JACQUAT, Yves JÉGO, Jérôme LAMBERT, Jacques LAMBLIN, Mme Laure de LA RAUDIÈRE, MM. Jacques LE GUEN, Apeleto Albert LIKUVALU, Jean-François MANCEL, Alain MARTY, Didier MATHUS, Jean-Philippe MAURER, Jean-Claude MIGNON, Pierre MORANGE, Jean-Marc NESME, Michel PIRON, Didier QUENTIN, Michel RAISON, Jean-Luc REITZER, Jean-Marie ROLLAND, Daniel SPAGNOU, Eric STRAUMANN, Lionel TARDY, André WOJCIECHOWSKI, ainsi que par MM. Abdoulatifou ALY, Jean-Paul ANCIAUX, Paul DURIEU, Mmes Sylvia PINEL, Chantal ROBIN-RODRIGO, M. Philippe VIGIER et le 2 février 2012, par M. Gwendal ROUILLARD, Mme Laurence DUMONT, MM. Jean MICHEL, Jack LANG et Mme Dominique ORLIAC, députés ;

Et le même jour par M. Jacques MÉZARD, Mme Leila AÏCHI, MM. Nicolas ALFONSI, Alain ANZIANI, Mme Aline ARCHIMBAUD, MM. Bertrand AUBAN, Gilbert BARBIER, Jean-Michel BAYLET, Mme Esther BENBASSA, M. Michel BILLOUT, Mmes Marie-Christine BLANDIN, Corinne BOUCHOUX, MM. Didier BOULAUD, Christian BOURQUIN, Alain CHATILLON, Jean-Pierre CHEVÈNEMENT,

Christian COINTAT, Yvon COLLIN, Pierre-Yves COLLOMBAT, Mme Hélène CONWAY-MOURET, MM. Ronan DANTEC, Jean-Pierre DEMERLIAT, Marcel DENEUX, Yves DÉTRAIGNE, Claude DILAIN, Mme Muguette DINI, MM. André DULAIT, Jean-Léonce DUPONT, Mmes Josette DURRIEU, Anne-Marie ESCOFFIER, M. Alain FAUCONNIER, Mme Françoise FÉRAT, MM. François FORTASSIN, Alain FOUCHÉ, Christian-André FRASSA, René GARREC, Patrice GÉLARD, Gaëtan GORCE, Mmes Nathalie GOULET, Jacqueline GOURAULT, Sylvie GOY-CHAVENT, MM. François GROSDIDIER, Robert HUE, Jean-Jacques HYEST, Pierre JARLIER, Mmes Fabienne KELLER, Bariza KHIARI, Virginie KLÈS, M. Joël LABBÉ, Mme Françoise LABORDE, M. Jean-René LECERF, Mme Claudine LEPAGE, MM. Jeanny LORGEUX, Jean-Louis LORRAIN, Roland du LUART, Philippe MADRELLE, Jean-Pierre MICHEL, Mme Catherine MORIN-DESAILLY, MM. Jean-Marc PASTOR, Jean-Claude PEYRONNET, Jean-Jacques PIGNARD, François PILLET, Jean-Vincent PLACÉ, Jean-Pierre PLANCADE, Christian PONCELET, Hugues PORTELLI, Mme Gisèle PRINTZ, MM. Roland RIES, Gilbert ROGER, Yves ROME, Robert TROPEANO, Raymond VALL, Jean-Marie VANLERENBERGHE, François VENDASI, Jean-Pierre VIAL, André VILLIERS, Richard YUNG, ainsi que par M. Michel BERSON, le 2 février 2012, par MM. Aymeri de MONTESQUIOU, Jean-Claude MERCERON, Jean-Jacques LASSERRE et le 3 février 2012, par M. Jean-Jacques LOZACH, sénateurs.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

Vu le code pénal ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 15 février 2012 ;

Vu les observations en réplique présentées par les députés requérants, enregistrées le 21 février 2012 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les députés et sénateurs requérants défèrent au Conseil constitutionnel la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi ;

2. Considérant que l'article 1^{er} de la loi déférée insère dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse un article 24 *ter* ; que cet article punit, à titre principal, d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui « ont contesté ou minimisé de façon outrancière », quels que soient les moyens d'expression ou de communication publiques employés, « l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française » ; que l'article 2 de la loi déférée modifie l'article 48-2 de la même loi du 29 juillet 1881 ; qu'il étend le droit reconnu à certaines associations de se porter partie civile, en particulier pour tirer les conséquences de la création de cette nouvelle incrimination ;

3. Considérant que, selon les auteurs des saisines, la loi déférée méconnaît la liberté d'expression et de communication proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que le principe de légalité des délits et des peines résultant de l'article 8 de cette Déclaration ; qu'en réprimant seulement, d'une part, les génocides reconnus par la loi française et, d'autre part, les génocides à l'exclusion des autres crimes contre l'humanité, ces dispositions méconnaîtraient également le principe d'égalité ; que les députés requérants font en outre valoir que le législateur a méconnu sa propre compétence et le principe de la séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; que seraient également méconnus le principe de nécessité des peines proclamé à l'article 8 de la Déclaration de 1789, la liberté de la recherche ainsi que le principe résultant de l'article 4 de la Constitution selon lequel les partis exercent leur activité librement ;

4. Considérant que, d'une part, aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale... » ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ;

5. Considérant que, d'autre part, aux termes de 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 » ; que l'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ; que, sur ce fondement, 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 1^{er} 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 1^{er} 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,

D É C I D E :

Article 1^{er}.– La loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi est contraire à la Constitution.

Article 2.– La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 28 février 2012, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Valéry GISCARD d'ESTAING et Pierre STEINMETZ.

Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012

*Loi visant à réprimer la contestation de l'existence
des génocides reconnus par la loi*

La loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, issue d'une proposition de loi déposée le 18 octobre 2011 à l'Assemblée nationale par Mme Valérie Boyer et d'autres députés, a été adoptée, après amendements, par l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011 puis adoptée en termes conformes par le Sénat le 23 janvier 2012. La loi a été déférée au Conseil constitutionnel par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs.

Dans sa décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi contraire à la Constitution.

I – La loi déférée

A. – L'objet de la loi déférée

La loi comportait deux articles modifiant la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. L'article 1^{er} complétait le paragraphe 1^{er} du chapitre IV de cette loi par un article 24 *ter* ainsi rédigé :

« Article 24 ter. – Les peines prévues à l'article 24 bis sont applicables à ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française. »

« Le tribunal peut en outre ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. »

L'article 2 de la loi déférée, qui étendait le droit reconnu à certaines associations de se porter partie civile, en particulier pour tirer les conséquences de la création de cette nouvelle incrimination, modifiait ainsi l'article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881 :

« 1° Après le mot : "déportés", sont insérés les mots : ", ou de toute autre victime de crimes de génocide, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi" ;

« 2° À la fin, les mots : "l'infraction prévue par l'article 24 bis" sont remplacés par les mots : "les infractions prévues aux articles 24 bis et 24 ter" ».

Aux termes de l'article 211-1 du code pénal, définissant le crime de génocide, et mentionné par l'article 1^{er} de la loi déferée : « *Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants :*

« – atteinte volontaire à la vie ;

« – atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique ;

« – soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ;

« – mesures visant à entraver les naissances ;

« – transfert forcé d'enfants.

« *Le génocide est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.*

« *Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables au crime prévu par le présent article ».*

L'article 24 bis de la loi de 1881, auquel renvoyait l'article 1^{er} de la loi déferée pour la détermination des peines, est issu de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (dite « loi Gayssot »). Il dispose en son premier alinéa inchangé depuis 1990 :

« *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 ».

Les peines prévues à l'article 24 *bis* et rendues applicables à l'article 24 *ter* sont ainsi d'un an d'emprisonnement et 45 000 € d'amende¹.

L'article 48-2 de la loi de 1881, dont le champ était étendu par l'article 2 de la loi déferée dispose, quant à lui :

« Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, qui se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi et en ce qui concerne l'infraction prévue par l'article 24 bis ».

Le nouvel article 24 *ter*, qui faisait référence aux crimes de génocide « reconnus comme tels par la loi française », visait par là-même la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 dont l'article unique dispose « *La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* ». Par ce renvoi, la loi déferée atteignait l'objectif énoncé dans son titre de réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi.

Les autres lois dites « mémorielles », adoptées depuis quelques années, ne reconnaissent pas un génocide et n'étaient donc pas concernées par la loi déferée.

B. – Le contexte des lois dites « mémorielles »

Le rapport d'information, présenté au nom de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les questions mémorielles en 2008, soulignait que « *le concept de " loi mémorielle " est très récent, puisque l'expression n'apparaît qu'en 2005 pour désigner rétrospectivement un ensemble de textes dont le plus ancien ne remonte qu'à 1990. Mais les lois ainsi qualifiées s'inscrivent dans une longue tradition commémorative dont ils ont à la fois reçu et remis en question*

¹ Le sixième alinéa de l'article 24 était en réalité le huitième alinéa de cet article, ainsi qu'il ressort du Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République : « *Compte tenu de l'insertion, par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994) de deux alinéas après le premier alinéa de cet article 24, le "sixième alinéa" auquel il est fait référence est en fait le huitième alinéa de cet article* ». Assemblée nationale (XIII^e Législature), 7 décembre 2011, n° 4035.

l'héritage (p. 11)². Ce même rapport définissait ainsi les lois mémorielles : « (celles-ci), au-delà des différences de leur contenu, semblent procéder d'une même volonté : " dire " l'histoire, voire la qualifier, en recourant à des concepts juridiques contemporains comme le génocide ou le crime contre l'humanité, pour, d'une manière ou d'une autre, faire œuvre de justice au travers de la reconnaissance de souffrances passées » (p. 34). Cette mission avait conclu ses travaux en considérant « que le rôle du Parlement n'est pas d'adopter des lois qualifiant ou portant une appréciation sur des faits historiques, a fortiori lorsque celles-ci s'accompagnent de sanctions pénales » (p. 181).

Postérieurement à la loi du 13 juillet 1990 précitée tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, diverses lois ont été adoptées qui, tout en ayant un objectif mémoriel, ne reconnaissent pas l'existence d'un crime de génocide au sens de l'article 1^{er} de la loi déferée :

– la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie, a introduit diverses aides et allocations destinées aux harkis, auxquels la République « témoigne sa reconnaissance (...) pour les sacrifices qu'ils ont consentis »³;

– la loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc », a modifié le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre en ce sens ;

– la loi n° 2000-644 du 10 juillet 2000 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux « Justes » de France, a retenu pour cette commémoration la date du 16 juillet, date anniversaire de la rafle du Vélodrome d'Hiver à Paris ;

– la 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 (dite « loi Taubira »), a reconnu officiellement la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV^{ème} siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes comme un crime

² Rapport « *Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée* » Assemblée nationale (XIII^e législature), 18 novembre 2008, n° 1262.

³ Article 1^{er} de la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie.

contre l'humanité (l'article 212-1 du code pénal définit d'autres crimes contre l'humanité que le génocide, notamment la réduction en esclavage) ;

– enfin, la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, comportait notamment un article 4 dont le deuxième alinéa disposait que « *les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit* ». Après avoir été déclassée par le Conseil constitutionnel⁴, cette disposition, qui avait suscité une large polémique, fut abrogée par le décret n° 2006-160 du 15 février 2006.

La loi déferée était la première loi organisant la pénalisation d'une loi mémorielle française. C'était donc une double « première » pour le Conseil constitutionnel qui n'avait jamais eu à connaître d'une loi mémorielle dans le cadre de son contrôle de conformité des lois à la Constitution, tant en contrôle *a priori* qu'en contrôle *a posteriori*, ni à se prononcer sur un dispositif pénal attaché à une telle loi. On sait notamment que la Cour de cassation ne lui a pas renvoyé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur la loi Gaysot⁵.

II. –L'examen de la loi

Les griefs invoqués par les auteurs des saisines à l'encontre de la loi étaient nombreux. Députés et sénateurs faisaient valoir que la loi méconnaissait la liberté d'expression et de communication proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que le principe de légalité des délits et des peines résultant de l'article 8 de cette Déclaration. Ils soutenaient aussi qu'en réprimant seulement les génocides reconnus par la loi française et les génocides à l'exclusion des autres crimes contre l'humanité, la loi portait atteinte au principe d'égalité. Les députés requérants faisaient en outre valoir que le législateur avait méconnu sa propre compétence et le principe de la séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, ainsi que le principe de nécessité des peines proclamé par son article 8, la liberté de la recherche et le principe résultant de l'article 4 de la Constitution selon lequel les partis exercent leur activité librement.

⁴ Décision n° 2006-203 L du 31 janvier 2006, *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*.

⁵ Arrêt n° 12008 du 7 mai 2010 ; 09-80.774.

Le Conseil constitutionnel a déclaré la loi contraire à la Constitution en retenant le premier grief et en jugeant que le législateur avait porté une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression et de communication.

A. – La liberté d'expression et de communication dans la jurisprudence constitutionnelle

La protection constitutionnelle de la liberté d'expression se fonde sur l'article 11 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel « *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* ». Cette appréciation fonde un contrôle renforcé du Conseil constitutionnel sur les restrictions apportées par le législateur à l'exercice de cette liberté : « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »⁶.

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'audiovisuel⁷. Cette jurisprudence a d'abord pour objet de protéger cette liberté dans sa dimension « passive », le citoyen étant récepteur d'information. 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 internet⁸.

Le Conseil a eu, mais plus rarement, l'occasion de veiller aussi à la protection de cette liberté d'expression dans sa dimension « active », notamment lorsque lui ont été déférées les dispositions susceptibles de restreindre le libre choix de la langue d'expression⁹.

⁶ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15. Voir aussi, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, la décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, Mme Térésa C. et autre (*Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans*), cons. 3.

⁷ 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*.

⁸ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée.

⁹ Décisions n°s 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, et 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.

Dans sa décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994 qui portait sur la loi relative à l'emploi de la langue française (dite « Loi Toubon »), le Conseil constitutionnel a notamment jugé que :

« 4. Considérant que l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen proclame : "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" ;

« 5. Considérant que s'il incombe au législateur, compétent, aux termes de l'article 34 de la Constitution, pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer, il ne saurait le faire, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés, qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ;

« 6. Considérant qu'au nombre de ces règles, figure celle posée par l'article 2 de la Constitution qui dispose : "La langue de la République est le français" ; qu'il incombe ainsi au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre ces dispositions d'ordre constitutionnel et la liberté de communication et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que cette liberté implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée ; que la langue française évolue, comme toute langue vivante, en intégrant dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources, qu'il s'agisse d'expressions issues de langues régionales, de vocables dits populaires, ou de mots étrangers ;

« 7. Considérant qu'il était loisible au législateur d'imposer dans les cas et conditions qu'il a prévus l'usage de la langue française, ce qui n'exclut pas l'utilisation de traductions ;

« 8. Considérant que s'agissant du contenu de la langue, il lui était également loisible de prescrire, ainsi qu'il l'a fait, aux personnes morales de droit public comme aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public l'usage obligatoire d'une terminologie officielle ;

« 9. Considérant que toutefois, eu égard à la liberté fondamentale de pensée et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme

et du citoyen, il ne pouvait imposer, sous peine de sanctions, pareille obligation aux organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle qu'ils soient publics ou privés ;

« 10. Considérant par ailleurs que le législateur ne pouvait de même sans méconnaître l'article 11 précité de la Déclaration de 1789 imposer à des personnes privées, hors l'exercice d'une mission de service public, l'obligation d'user, sous peine de sanctions, de certains mots ou expressions définis par voie réglementaire sous forme d'une terminologie officielle ;

« 11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que sont contraires à la Constitution (...) ».

Par ailleurs, lorsque le Conseil constitutionnel a eu à connaître d'une infraction particulière d'outrage public à l'hymne national ou au drapeau tricolore, il a jugé¹⁰ que :

« 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" ;

¹⁰ Dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*.

« 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 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 ;

« 106. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sous la réserve d'interprétation énoncée au considérant 104, l'article 113 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ».

La QPC a également déjà fourni l'occasion au Conseil constitutionnel d'exercer son contrôle au regard de la liberté d'expression et de communication dans sa décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011¹¹. Était alors en cause 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 ». Le Conseil a censuré cette disposition 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 à 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 « vise 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

¹¹ Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, précitée.

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 »¹². Il a ainsi déclaré le cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse contraire à la Constitution.

B. – L'inconstitutionnalité de la loi déferée

– Comme il l'avait fait notamment dans ses décisions n^{os} 2005-516 DC du 7 juillet 2005¹³, 2005-512 DC du 21 avril 2005¹⁴ et 2010-605 DC du 12 mai 2010¹⁵, le Conseil constitutionnel a rappelé, qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « *La loi est l'expression de la volonté générale...* » et « *qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » (cons. 4).

De l'absence de portée normative des dispositions qui lui étaient déferées, le Conseil a pu tirer des conséquences variées, par exemple, que leur constitutionnalité ne pouvait être utilement contestée¹⁶ ou, ce qui revient au même, que le grief invoqué à leur encontre est inopérant¹⁷. Il n'a prononcé qu'une censure sur ce fondement¹⁸.

En l'espèce, le Conseil a relevé, dans le prolongement de cette jurisprudence, 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.

– Cependant l'article 1^{er} de la loi déferée avait un objet bien plus large de nature pénale : il avait pour objet de réprimer la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « *reconnus comme tels par la*

¹² Ibid., cons. 6.

¹³ Décision n^o 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, cons. 4.

¹⁴ Décision n^o 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 8.

¹⁵ Décision n^o 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 28.

¹⁶ Par exemple, décision n^o 96-384 DC du 19 décembre 1996, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1997*, cons. 12 ; décision n^o 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 19 ;

¹⁷ Décision n^o 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 60.

¹⁸ Décision n^o 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 16 et 17.

loi française ». Dès lors c'est au regard de la liberté d'expression et de communication que le Conseil constitutionnel a contrôlé la disposition contestée.

Le Conseil, reprenant le considérant de principe relatif à l'exercice de la liberté d'expression, a rappelé qu'« *aux termes de 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" ; que l'article 34 de la Constitution dispose : "La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" ; que, sur ce fondement, 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* » (cons. 5).

Il a dès lors jugé « *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* » (cons. 6).

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 qualifiés comme tels par la loi.

– Le Conseil constitutionnel n'a pas appliqué sa jurisprudence « *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* » du 25 janvier 1985¹⁹ dans laquelle il avait jugé que : « *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* ».

En effet, l'application de cette jurisprudence aurait impliqué que la loi qui lui était déférée modifie, complète ou affecte le domaine de la loi n° 2001-70 du

¹⁹ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10.

29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 dont l'article unique dispose : « *La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* » Toutefois, c'est la loi déferée qui conférait à la loi de 2001 une portée en réprimant la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « *reconnus comme tels par la loi française* ». Par ailleurs, la loi déferée étant censurée, il ne pouvait, en tout état de cause, être considéré qu'était modifié, complété ou affecté le domaine de la loi du 29 janvier 2001.

La motivation brève de la décision du 28 février 2012, concentrée sur le seul motif tiré de la violation de la liberté d'expression et de communication, suffit à justifier la censure d'une disposition législative qui présentait en outre le risque de permettre la répression de toute contestation ou minimisation des crimes de génocide que viendrait à reconnaître le législateur. Cette motivation traduit aussi une double préoccupation du Conseil constitutionnel. D'une part, il a veillé à ne pas entrer dans le domaine de compétence qui est celui des historiens. Ainsi la loi précitée du 29 janvier 2001 ne lui était pas soumise et, *a fortiori*, il n'a formulé aucune appréciation sur les faits en cause. D'autre part, le Conseil n'a pas voulu préjuger la conformité à la Constitution des autres dispositifs répressifs visant d'autres formes de « négationnisme ». Le Conseil n'était notamment pas saisi de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe qui ne réprime pas la contestation de crimes « reconnus par la loi ».

Sans examiner les autres griefs, le Conseil a déclaré l'article 1^{er} de la loi déferée et son article 2, qui n'en est pas séparable, contraires à la Constitution.