Paris, le 28 décembre 2016

M. Laurent Vallée

Secrétaire général du Conseil constitutionnel

2, rue Montpensier

75001 Paris

Monsieur le Secrétaire général,

L’Association pour la Neutralité de l’Enseignement de l’Histoire Turque dans les Programmes Scolaires (ANEHTPS), qui a entre autres pour objet « d’attirer, par tout moyen, y compris juridictionnel, l’attention des pouvoirs publics sur la distinction entre loi mémorielle et loi pénale sanctionnant la négation de décisions de justice ayant autorité de chose jugée », a l’honneur de porter à votre connaissance, par la voix de son président, les observations qu’appellent les dispositions de l’article 38 *ter* de la loi « Égalité et Citoyenneté » déférée au Conseil constitutionnel le 27 décembre 2016 par soixante députés et par soixante sénateurs.

Je vous serais vivement reconnaissant de bien vouloir partager les réflexions suivantes avec les membres du Conseil constitutionnel au titre de la « porte étroite ».

Vous remerciant de l’attention que vous prêterez à la présente, je vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, à ma haute considération,

Dr Demir Onger

Président de l’ANEHTPS

L’Assemblée nationale a adopté en dernière lecture, vendredi 22 décembre 2016, le projet de loi n° 3679 « Égalité et citoyenneté ». L’article 38 *ter* de ce projet, inscrit par voie d’amendement le 1er juillet 2016 à l’Assemblée nationale et repris *in extenso* par le Sénat le 14 octobre 2016, modifie l’article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 en le complétant par trois aliénas ainsi rédigés :

« Seront punis des mêmes peines ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l’article 23, l’existence d’un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d’un autre crime contre l’humanité, d’un crime de réduction en esclavage ou d’exploitation d’une personne réduite en esclavage ou d’un crime de guerre défini aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998 et aux articles 211-1 à 212-3, 224-1 A à 224-1 C et 461-1 à 461-31 du code pénal, lorsque :

1° Ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale ;

2° Ou la négation, la minoration ou la banalisation de ce crime constitue une incitation à la violence ou à la haine à l’égard d’un groupe de personnes ou d’un membre d’un tel groupe défini par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l’ascendance ou l’origine nationale. »

L’Association pour la Neutralité de l’Enseignement de l’Histoire Turque dans les Programmes Scolaires (ANEHTPS) ne peut que constater le caractère profondément liberticide d’une telle mesure qui contrevient à nombre de principes à valeur constitutionnelle dont vous êtes le garant. Cette nouvelle incrimination porte ainsi une atteinte grave au principe de légalité des délits et des peines (1), au principe de proportionnalité des délits et des peines (2) et au principe d’égalité devant la loi pénale (3). En contrevenant de la sorte aux principes fondateurs de notre droit constitutionnel en matière pénale, l’article 38 *ter* porte également atteinte à la liberté d’expression, sans que cette atteinte puisse être justifiée par des besoins d’ordre public (4). Enfin, l’examen de ce même article invite à contrôler et à censurer l’article 1er de la loi du 29 janvier 2001, au terme duquel « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 », car il complète ladite loi en assortissant un régime répressif à la qualification juridique de « génocide » retenue par le législateur (5)

1. **En ne définissant pas en des termes suffisamment clairs et précis la nouvelle infraction qu’il institue, l’article 38 *ter* porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines** 
   1. ***En droit***, le **principe de légalité des délits et des peines** est inscrit à l’article 7 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Ce principe implique que le législateur ne puisse subdéléguer au juge, en raison d’une rédaction insuffisamment claire et précise, la détermination du champ d’application de l’infraction, sa portée ou son contenu. Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, la légalité des délits et des peines impose au législateur « de définir des infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l’arbitraire » (80-127 DC, 19-20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*). Dans le cadre de son contrôle de la légalité des délits et des peines, le Conseil vérifie également que les dispositions ne portent pas atteinte au **principe de clarté de la loi**, à l’objectif à valeur constitutionnelle **d’accessibilité et d’intelligibilité de la loi**. Il contrôle enfin que le législateur ne méconnaît pas l’étendue de sa compétence en sanctionnant les « **incompétences négatives**» (en matière pénale, cf. 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale*). **En d’autres termes, en matière pénale, le législateur doit épuiser l’intégralité de sa compétence inscrite à l’article 34 de la Constitution, sans quoi la disposition, n’étant pas suffisamment claire et précise, porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines**.
   2. ***En l’espèce***,l’article 38 *ter* ne définit nullement l’élément matériel constitutif de l’infraction (la négation, la minoration ou la banalisation) et le rattache sans précision à l’élément moral (« incitation à la violence ou à la haine »). Ce faisant, en ne fixant pas précisément le champ d’application du dispositif répressif, le législateur n’épuise pas pleinement sa compétence et subdélègue au juge le soin de déterminer le contenu et la portée de l’infraction. L’insécurité juridique qui en découle est manifeste, puisque les députés eux-mêmes, en séance publique, ne savaient pas exactement quel génocide tomberait sous le coup de ce dispositif répressif : ils ont évoqué tour à tour, le 1er juillet 2016, « le génocide arménien, le génocide tzigane […], le génocide juif, le génocide tutsi » (François-Michel Lambert, Séance). Certains ont encore évoqué la possibilité de condamner, non seulement le génocide arménien de 1915, mais aussi « le premier génocide des Arméniens » de 1894-1896 (Jean-Marc Germain) ou encore le génocide « Assyro-Chaldéens » (François Pupponi). On comprend aisément les dérives auxquelles conduirait un tel régime répressif imprécis : **puisqu’il n’est nul besoin que le « crime » en question ait été condamné par une juridiction, n’importe quel propos relatif à des événements historiques pourrait tomber sous le coup de cette nouvelle infraction, si le juge estime discrétionnairement, d’une part, qu’il y a négation, minoration ou banalisation et, d’autre part, qu’un tel propos incite à la haine ou à la violence.**
2. **En soumettant à un nouveau régime répressif des faits qui sont d’ores et déjà réprimés par la loi du 29 juillet 1881, l’article 38 *ter* porte atteinte au principe de proportionnalité des délits et des peines** 
   1. ***En droit***, le principe de proportionnalité des délits et des peines est inscrit à l’article 8 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen. Il implique que le législateur ne puisse adopter des peines manifestement disproportionnées aux délits. Conjuguée au principe de nécessité, la proportionnalité impose qu’un même fait ne puisse faire l’objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente, sauf si le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l’une des sanctions encourues (cf. 2016-550 QPC, 1er juillet 2016, *Procédure devant la cour de discipline budgétaire et financière*).
   2. ***En l’espèce***,l’adoption de l’article 38 *ter* insère plusieurs disproportions dans notre législation pénale. **D’une part, un même fait (la négation d’un génocide incitant à la haine ou à la violence) peut tomber sous le coup de deux incriminations différentes**: l’incitation à la haine ou à la violence inscrite à l’article 24 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881 et le nouveau régime répressif relatif à la négation des génocides introduit par le nouvel article 38 *ter* du projet de loi relative à l’égalité et à la citoyenneté. Comme le notait le rapporteur thématique de la commission des lois : « *Définir une incrimination par une autre incrimination est, à mon sens, une erreur. Ainsi, à l’alinéa 8, il est écrit en substance que la négation, la minoration ou la banalisation d’un crime contre l’humanité suppose une incitation à la haine raciale. Mais entre une incitation à la haine raciale et négation de crime contre l’humanité, sur quoi le parquet s’appuiera-t-il pour tenir une qualification plutôt qu’une autre ?*» (Séance du 1er juillet 2016, Assemblée nationale). Le rapporteur au Sénat a, par la suite, partagé cette analyse : « *La première exige que la contestation constitue déjà une incitation à la haine raciale. C’est un délit d’ores et déjà puni des mêmes peines. Cette disposition est donc redondante, ne changera rien au droit existant et ne vise qu’à répondre, de manière symbolique, mais non normative, à une revendication* » (Séance du 14 octobre 2016, Sénat). **D’autre part, la distinction entre l’apologie de crimes de génocide (art. 24 alinéa 3) et la négation d’un génocide incitant à la haine ou à la violence paraît grandement incertaine** : selon, la qualification retenue par le juge, le coupable peut être condamné soit à cinq ans d’emprisonnement et 45 000 euros d’amende, soit à un an d’emprisonnement et 45 000 euros d’amende. **En d’autres termes, un même propos relatif à un génocide peut tomber sous le coup de trois régimes répressifs différents : l’incitation à la haine, la banalisation de génocide, l’apologie de génocide**.
3. **En prévoyant que le même régime répressif soit déclenché par des propos de nature différente selon les crimes contre l’humanité visés, l’article 38 *ter* porte atteinte au principe d’égalité devant la loi pénale.**
   1. ***En droit***, le Conseil constitutionnel censure, sur le fondement de l’article 6 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, les ruptures d’égalité devant la loi pénale. Selon une jurisprudence constante, « *le principe d’égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu’une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente ; que, toutefois, la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l’objet de la loi*» (2011-161 QPC, 9 septembre 2011, *Sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles*). En d’autres termes, le principe d’égalité devant la loi pénale implique que des infractions identiques soient soumises à un régime répressif identique.
   2. ***En l’espèce***, le nouveau régime répressif mis en place par l’article 38 *ter* entraîne une rupture d’égalité devant la loi pénale : alors qu’il faut « contester » la Shoah pour déclencher le régime répressif de l’article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881, il suffit de « minorer » ou « banaliser » un autre génocide pour déclencher ce même régime. Cette disposition revient donc à insérer des différences de traitement aberrantes en fonction du crime contre l’humanité visé par les propos litigieux. Le rapporteur devant le Sénat, le 14 octobre 2016, notait ainsi « *qu’il aurait été préférable de maintenir le terme “contestation”*».
4. **En spécifiant que la simple « incitation à la haine ou à la violence », en dehors de toute décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, permette la condamnation de la négation, de la minoration, de la banalisation de crimes contre l’humanité non reconnus par une juridiction, l’article 38 *ter* porte une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d’expression.**
   1. ***En droit***, inscrite à l’article 11 de la Déclaration des droits de l’homme, la liberté d’expression « *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*» (par ex., 2010-3 QPC, *Associations familiales*). S’il est loisible « au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables […] il lui incombe d’assurer, ce faisant, la conciliation des exigences de l’ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées » (2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*). Par une décision *Vincent Reynouard* 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, dans laquelle l’ANEHTPS était tierce intervenante, le Conseil constitutionnel a précisé sa jurisprudence relative à la conciliation entre, d’une part, la protection de la liberté d’expression et, d’autre part, la condamnation des propos négationnistes. Reprenant la motivation de l’arrêt *Perinçek* de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme (15 octobre 2015, aff. 27510/08), selon laquelle une ingérence dans la liberté d’expression est justifiée si les propos traduisent une incitation à la haine ou à la violence, le Conseil constitutionnel a toutefois indiqué que le crime contre l’humanité visé par les propos litigieux devait avoir fait l’objet d’une condamnation par une autorité juridictionnelle compétente en la matière. En effet, selon la décision précitée, les « *propos contestant l’existence de faits […] qualifiés de crimes contre l’humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale constituent en eux-mêmes une incitation*» à la violence ou à la haine. En d’autres termes, la négation d’un crime contre l’humanité, comme le crime de génocide, ne traduit une incitation à la violence ou à la haine qu’à condition que ce crime ait été reconnu comme tel par une juridiction.
   2. ***En l’espèce***, l’article 38 *ter* porte une atteinte manifeste à la liberté d’expression garantie à l’article 11 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen : l’imprécision de l’infraction rend particulièrement incertaine la libre expression de ceux qui écrivent ou interviennent sur ces questions de génocide. Comme énoncé précédemment, les crimes contre l’humanité visés par la nouvelle incrimination ne sont pas définis, pas plus que ne sont définis les termes de « minoration », « négation », « banalisation ». Dès lors, n’importe quel événement historique pourrait être qualifié de crime contre l’humanité et n’importe quel propos pourrait être considéré comme une négation, une minoration, une banalisation de ce supposé crime. Alors que le dispositif inscrit à l’article 38 *ter* prévoit deux conditions *alternatives* (soit la condamnation par une juridiction, soit l’incitation à la violence et à la haine), la jurisprudence du Conseil constitutionnel impose deux conditions *cumulatives*.En dissociant l’élément moral (l’incitation à la violence ou à la haine) de l’élément formel (condamnation passée en force de chose jugée), l’article 38 *ter* contrevient à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et porte une atteinte disproportionnée à la liberté d’expression.
5. **En adoptant ce nouveau régime répressif, le législateur entend compléter la loi du 29 janvier 2001 qui doit, à ce titre, être contrôlée et censurée dans le cadre de l’examen de la loi dite « Égalité et citoyenneté ».**
   1. ***En droit***, aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est rappelé qu’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*» (décision no85-187 DC). Le Conseil constitutionnel indique également qu’il interprète « *de manière large la condition relative au fait que le domaine de la loi promulguée doit être modifié, complété ou affecté* » (Commentaire sur décision no2013-349 QPC, 18 octobre 2013, p. 4-5). De fait, il applique sa jurisprudence dite « néo-calédonienne » aux dispositions législatives qui « affectent » de manière indirecte « le domaine d’application » d’autres dispositions législatives existantes (cf. décisions no2012-659 DC, 13 novembre 2012 et no2012-662 DC, 29 décembre 2012).
   2. ***En l’espèce***, l’article 38 *ter* vise à compléter l’article 1er de la loi du 29 janvier 2001. Selon les députés à l’Assemblée nationale, qui ont à de multiples reprises rappelé que cette nouvelle incrimination concernait principalement le génocide arménien, il s’agissait, en votant cet amendement, de respecter « *les engagements que nous avions pris auprès de nos amis arméniens*» (Séance du 1er juillet 2016). De même, au Sénat, les parlementaires ont indiqué que l’adoption de cette nouvelle incrimination « *permettrait d’étendre la pénalisation à l’ensemble des crimes de guerre ou contre l’humanité, dès lors qu’ils auront été reconnus par une juridiction ou,* ***pour les cas trop anciens, qu’ils disposeront d’une reconnaissance historique – c’est notamment le cas du génocide des Arméniens de 1915, ayant fait l’objet d’une loi votée en 2001 par le Parlement français*** » (Séance du 14 octobre 2016).  
      De fait, et tel est certainement ce qu’envisageaient les parlementaires, puisqu’il est laissé au juge le soin de déterminer quand des propos minorant, niant, banalisant un supposé crime contre l’humanité traduisent une incitation à la haine ou à la violence, il est fort à parier qu’un des critères déterminants de son examen sera la reconnaissance d’un tel crime par une autorité de l’État. En d’autres termes, nier, minorer, ou banaliser le génocide des Arméniens de 1915 reviendrait à nier, minorer ou banaliser un crime reconnu par la représentation nationale et traduirait *de facto* une incitation à la violence ou à la haine. **Il ne fait donc aucun doute que l’article 38 *ter* modifie, complète et affecte le domaine de la loi du 29 janvier 2001, qui doit par conséquent être contrôlée par le Conseil constitutionnel**. Ce contrôle, que le Conseil s’était refusé à opérer dans le cadre de la décision 2012-647 DC (28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l’existence des génocides reconnus par la loi*), apparaît ici incontestablement nécessaire : depuis 2012, se sont multipliés les projets ou propositions de lois qui tendent à incriminer la négation du génocide arménien, en complétant de manière directe ou indirecte l’article unique de la loi du 29 janvier 2001. En contrôlant et en censurant cet article, le juge constitutionnel clarifierait la compétence du Parlement en matière de loi mémorielle.

En dehors de ces nombreux vices d’inconstitutionnalité externe, l’Association souhaite soulever un dernier point. L’article 38 *ter* a été introduit par voie d’amendement en séance publique à l’Assemblée nationale le 27 juin 2016. Comme le rappelle le rapporteur thématique de la commission des lois, Mme Marie-Anne Chapdelaine, « la commission n’a pu se prononcer sur le présent amendement, que nous ne découvrons qu’aujourd’hui ». Cet article, qui n’a pas de lien, même indirect, avec le projet de loi initial, constitue donc ***un cavalier législatif*** et, eu égard à ses conditions réelles d’adoption, ***méconnaît l’exigence de clarté et de sincérité des débats parlementaires.***

En vous remerciant vivement de l’attention que vous porterez à la présente et en espérant que vous garantirez la constitutionnalité de la loi dite « Egalite et Citoyenneté » en censurant l’article 38 *ter* et en contrôlant à cette occasion la loi du 29 janvier 2001, je vous prie de croire, Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, à ma très haute et très respectueuse considération,

Fait à Paris, le 28 décembre 2016

Dr Demir Onger

Président de l’ANEHTPS