THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Équipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 7 août 2006)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit

Présentée par :
Charlotte-Lucie Bouvier

La mémoire et le droit des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité depuis la seconde guerre mondiale :

comparaison Allemagne fédérale / France

Directeur(s) de Thèse :
Michel Massé, Bernadette Aubert

Soutenue le 17 novembre 2014 devant le jury

Jury :

Président	**Sylvie Grunvald**	Maître de conférences HDR - Université de Nantes
Rapporteur	**Aurélien-Thibault Lemasson**	Professeur - Université du Littoral Côte d'Opale
Rapporteur	**Jocelyne Leblois-Happe**	Professeur - Université de Strasbourg
Membre	**Michel Massé**	Professeur émérite - Université de Poitiers
Membre	**Bernadette Aubert**	Maître de conférences HDR - Université de Poitiers
Membre	**Johann Michel**	Professeur - Université de Poitiers

Pour citer cette thèse :
Charlotte-Lucie Bouvier. *La mémoire et le droit des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité depuis la seconde guerre mondiale : comparaison Allemagne fédérale / France* [En ligne]. Thèse Droit. Poitiers : Université de Poitiers, 2014. Disponible sur Internet <http://theses.univ-poitiers.fr>

UNIVERSITE DE POITIERS

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT – ED 088

LA MEMOIRE ET LE DROIT DES CRIMES DE GUERRE ET DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE DEPUIS LA SECONDE GUERRE MONDIALE

COMPARAISON ALLEMAGNE FEDERALE / FRANCE

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 17 novembre 2014
par

Mademoiselle Charlotte-Lucie BOUVIER

DIRECTEURS DE RECHERCHE

Mme Bernadette AUBERT
Maître de conférences – HDR à l'Université de Poitiers

M. Michel MASSE
Professeur émérite à l'Université de Poitiers

SUFFRAGANTS

Mme Jocelyne LEBLOIS-HAPPE (Rapporteur)
Professeur à l'Université de Strasbourg

M. Aurélien-Thibault LEMASSON (Rapporteur)
Professeur à l'Université du Littoral Côte d'Opale

Mme Sylvie GRÜNVALD
Maître de conférences – HDR à l'Université de Nantes

M. Johann MICHEL
Professeur de science politique à l'Université de Poitiers
Membre de l'Institut Universitaire de France

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Bernard Colas, dont la générosité n'a eu d'autre limite que les capacités mécaniques de son automobile.

Je n'oublierai pas la simplicité avec laquelle tu m'as ouvert ta maison près de Stuttgart, les efforts que tu as déployés pour m'épauler dans mes recherches, ton envie de me transmettre, avec la plus grande vérité possible, l'expérience de la barbarie nazie faite par ton père, et l'humilité dans tes yeux au moment de franchir les grilles du camp de Dachau sur ses traces.

Avec toute mon affection…

« Ils ne savaient pas que c'était impossible, alors ils l'ont fait. »

Mark Twain

Je tiens à témoigner ma gratitude à tous ceux qui m'ont soutenue au cours de ces cinq années de recherche et aidée, de près ou de loin, directement ou indirectement, à mener ce beau projet à son terme.

LA MEMOIRE ET LE DROIT DES CRIMES DE GUERRE ET DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE, DEPUIS LA SECONDE GUERRE MONDIALE

COMPARAISON ALLEMAGNE FEDERALE – FRANCE

Résumé

A rebours de la croyance populaire qui veut que le temps efface les blessures, le constat s'impose de l'omniprésence de la mémoire comme matrice des orientations décidées par nos gouvernants. Soixante-dix ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale, elle occupe l'espace public dans toutes ses composantes et pousse à l'adoption de lois de reconnaissance des victimes et de sanction des discours de négation. Parallèlement, le législateur doit répondre à ses engagements conventionnels et satisfaire aux exigences de la justice pénale internationale. Mais ici encore, les contingences politiques sont fortes, qui sclérosent la réflexion juridique et conduisent à l'élaboration de dispositions controversées. Ce phénomène, ostensible en France, l'est moins chez notre voisin allemand, pourtant tributaire d'un lourd héritage mémoriel. Cette observation peut surprendre celui qui ne tient pas compte des évolutions conjointes mais divergentes des deux Etats depuis 1945, quant à la « gestion » des crimes internationaux par nature et de leurs suites ; d'où l'utilité d'une approche transversale, historique et comparative de ces questions.

Mots-clés

Allemagne fédérale – Amnistie – Bien juridique protégé – Cour Pénale Internationale – Crimes contre l'humanité – Crimes de guerre – France – Génocide – Grâce – Imprescriptibilité – Lois mémorielles – Mémoire collective – Négationnisme – Shoah – Tribunaux alliés – Tribunaux internes – Tribunal Militaire International de Nuremberg

MEMORY AND LAW OF WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST HUMANITY, SINCE WORLD WAR II

COMPARISON FEDERAL GERMANY – FRANCE

Abstract

Contrary to the popular belief that the time clears injuries, the finding must be made of the omnipresence of the memory as a matrix of guidelines decided by our leaders. Seventy years after the World War II ended, it occupies public space in all its components and drives the adoption of laws recognizing victims and punishing speech of negation. Meanwhile, the legislature must meet its conventional obligations and the requirements of international criminal justice. But again, the political contingencies are strong, which block legal thinking and lead to the creation of controversial provisions. This phenomenon, striking in France, is less at our german neighbor, yet reliant on a heavy legacy memorial. This observation may surprise those who do not consider the joint but divergent evolutions of the two states since 1945, on the « treatment » of international crimes by nature and their consequences ; hence the usefulness of a transverse, historical and comparative approach to these issues.

Keywords

Allied courts – Amnesty – Collective memory – Crimes against humanity – Federal Republic of Germany – France – Genocide – Grace – Holocaust denial – Imprescriptibility – International Criminal Court – International Military Tribunal of Nuremberg – Legal interest protected – Memory laws – National courts – Shoah – War crimes

INSTITUT DE SCIENCES CRIMINELLES – EQUIPE POITEVINE DE RECHERCHE ET D'ENSEIGNEMENT DOCTORAL EN SCIENCES CRIMINELLES (EA 1228)

43 place Charles De Gaulle – 86022 Poitiers Cedex

SOMMAIRE

INTRODUCTION **17**

PARTIE I. TRAITEMENT DES CRIMES DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE **53**
TITRE I. LE TEMPS DES CRIMES DE GUERRE **59**
Chapitre I. Evidence des statuts vainqueur-vaincu 63
Chapitre II. Incidences sur les procédures pénales 117
TITRE II. LE TEMPS DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE **183**
Chapitre I. Changement d'état d'esprit de la nouvelle génération 189
Chapitre II. Incidences sur les procédures pénales 245

PARTIE II. PROLONGEMENTS EN DROIT CONTEMPORAIN **309**
TITRE I. LA STABILISATION DU DROIT DES CRIMES **315**
Chapitre I. Définition des incriminations 321
Chapitre II. Régime procédural applicable 367
TITRE II. LA CONSTRUCTION D'UN DROIT MEMORIEL **419**
Chapitre I. Apparition de nouveaux délits 425
Chapitre II. La mémoire des crimes, bien juridique pénalement protégé ? 495

CONCLUSION GENERALE **541**

ANNEXES ..... **sur CD-rom**
BIBLIOGRAPHIE **549**
TABLE DES TEXTES OFFICIELS **611**
TABLE DE JURISPRUDENCE **627**
INDEX **639**
TABLE DES MATIERES **645**

LISTE DES ABREVIATIONS

A.F.P. ..... Agence France-Presse
A.J. Pénal ..... *Actualité juridique pénal*
A.J.D.A. ..... *Actualité juridique de droit administratif*
al. ..... Alinéa
art. ..... Article
Ass. Plén. ..... Assemblée Plénière
BEG ..... Bundesentschädigungsgesetz
BGBl. ..... *Bundesgesetzblatt*
BGH ..... Bundesgerichtshof
BGHSt. ..... *Bundesgerichtshof, Strafsachen*
BRüG ..... Bundesrückerstattungsgesetz
Bull. ..... *Bulletin officiel*
Bull. crim. ..... *Bulletin criminel*
Bull. A.P. ..... *Bulletin de l'Assemblée Plénière*
BVerfG ..... Bundesverfassungsgericht
BVerfGE ..... *Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen*
c. ..... Contre
CA ..... Cour d'appel
C.A.E.M. ..... Comité d'assistance économique mutuelle
Cass. crim. ..... Cour de cassation, Chambre criminelle
CE ..... Conseil d'Etat
C.E.C.A. ..... Communauté économique du charbon et de l'acier
C.E.E. ..... Communauté économique européenne
CEDH/ Cour EDH..... Cour européenne des droits de l'homme
Ch. acc. ..... Chambre d'accusation
Commission EDH ..... Commission européenne des droits de l'homme
Convention EDH ..... Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
Cf. ..... Confer
C.I.C.R. ..... Comité international de la Croix Rouge
CIJ ..... Cour internationale de justice
CJCE ..... Cour de justice des Communautés européennes
C.N.I.L. ..... Commission nationale de l'informatique et des libertés
C.N.R.S. ..... Centre national de la recherche scientifique
Coll. ..... Collection
Cons. const. ..... Conseil constitutionnel
C.P. ..... Code pénal
C.P.P. ..... Code de procédure pénale
CPI..... Cour pénale internationale
C.R.I.F. ..... Consistoire israélite de France
C.S.C.E./O.S.C.E. ..... Conférence/Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
DC ..... Décision rendue dans le cadre du contrôle de constitutionnalité ordinaire
DDHC ..... Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Déb. AN. CR. ..... Débats à l'Assemblée nationale, compte-rendu

Déb. AN. Q. ..... Débats à l'Assemblée nationale, questions ministérielles
Déb. Sénat CR. ..... Débats au Sénat, compte rendu
Déb. Sénat Q. ..... Débats au Sénat, questions ministérielles
D.I.H. ..... Droit international humanitaire
D.P.I. ..... Droit pénal international
Dr. adm. ..... *Droit administratif*
DRZ ..... *Deutsche Rechts-Zeitschrift*
Ed/éd. ..... Edition
E.H.E.S.S. ..... Ecole des hautes études en sciences sociales
E.N.S. ..... Ecole normale supérieure
et al. ..... Et autres
etc. ..... Et cetera
FAZ ..... *Frankfurter Allgemeine Zeitung*
F.F.I. ..... Forces françaises de l'intérieur
F.N.D.I.R.P. ..... *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes*
F.T.P. ..... Francs-tireurs et partisans
Gaz. Pal. ..... *Gazette du Palais*
G.I.P. ..... Groupement d'intérêt public
G.P.R.F. ..... Gouvernement provisoire de la République française
I.E.P. ..... Institut d'études politiques
I.F.R.I. ..... Institut français des relations internationales
I.H.T.P. ..... Institut d'histoire du temps présent
I.R.S.E.M. ..... Institut de recherche stratégique de l'école militaire
JAI ..... Justice et affaires intérieures
J.C.P. éd. G. ..... *Jurisclasseur périodique – La Semaine Juridique édition générale*
J.C.P. éd. S. ..... *Jurisclasseur périodique – La Semaine Juridique édition sociale*
J.D.I. Clunet ..... *Journal de droit international Clunet*
JO/JORF ..... *Journal officiel – Journal officiel de la République française*
JOCE/JOUE ..... *Journal officiel des communautés européennes/de l'Union européenne*
L. ..... Partie législative
LAG ..... Lastenausgleichgesetz
L.G.D.J. ..... Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.I.C.R.A. ..... Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme
MDR ..... *Monatsschrift für Deutsches Recht*
M.R.A.P..... Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples
M.S.H. ..... Maison des sciences de l'homme
n° ..... Numéro
N.P.D. ..... Nationaldemokratische Partei Deutschlands
NJW ..... *Neue Juristische Wochenschrift*
Nouv. cah. Cons. const. ..... *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*
NStZ ..... *Neue Zeitschrift für Strafrecht*
obs. ..... Observations
OLG ..... Oberlandesgericht
O.N.U. ..... Organisation des Nations-Unies
op. cit. ..... *Opus citatum*
O.P.E.X. ..... Opérations avec projection sur des territoires extérieures
O.R.T.F. ..... Office de radiodiffusion-télévision française

O.T.A.N. ..... Organisation du traité de l'Atlantique nord
p. ..... Page/pages
§ ..... Paragraphe
P.U.F. ..... Presses universitaires de France
QPC ..... Question prioritaire de constitutionnalité
R.D.P. ..... *Revue de droit public*
R.D.P.C. ..... *Revue de droit pénal et de criminologie*
R.C.A.D.I. ..... *Recueil de cours de l'Académie de droit international*
R.D.A. ..... République démocratique d'Allemagne
R.D.I.D.C. ..... *Revue de droit international et de droit comparé*
R.F.A. ..... République fédérale d'Allemagne
R.F.D.C. ..... *Revue française de droit constitutionnel*
RGBl. ..... *Reichsgesetzblatt*
R.G.D.I.P. ..... *Revue générale de droit international public*
R.H.I.C.O.J. ..... Association pour la recherche sur l'histoire contemporaine des Juifs
R.I.D.C. ..... *Revue internationale de droit comparé*
R.I.D.P. ..... *Revue internationale de droit pénal*
R.P.D.P. ..... *Revue pénitentiaire et de droit pénal*
R.P.S. ..... *Revue pénale suisse*
R.S.C. ..... *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*
R.T.D. civ. ..... *Revue trimestrielle de droit civil*
R.T.D.H. ..... *Revue trimestrielle des droits de l'homme*
R.U.D.H. ..... *Revue universelle des droits de l'homme*
S.E.D. ..... Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
S.H.A.E.F. ..... Supreme Headquarters Expeditionary Allied Force
S.A. ..... Sturmabteilungen
S.D. ..... Sicherheitsdienst
S.S. ..... Schutzstaffel
StGB ..... Strafgesetzbuch
S.T.O. ..... Service du travail obligatoire
StPO ..... Strafprozessordnung
sous la dir. ..... Sour la direction de
S.R.C.G.E. ..... Service de recherche des criminels de guerre ennemis
TGI ..... Tribunal de grande instance
TMI ..... Tribunal militaire international
TPI ..... Tribunal pénal international
TPIR ..... Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY ..... Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie
TUE ..... Traité sur l'Union Européenne
TFUE ..... Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
U.G.I.F. ..... Union générale des Israélites de France
U.M.R. ..... Unité mixte de recherche
U.S. ..... United-States
U.R.S.S. ..... Union des républiques socialistes soviétiques
vol. ..... Volume/volumes
VStGB/CCAIL ..... Völkerstragesetzbuch

INTRODUCTION

« L'histoire du monde est un tribunal du monde »[1], et inversement parfois.

1. Hegel aimait à reprendre cette formule du poète Friedrich Schiller[2], qui signifiait, selon lui, que l'histoire mondiale, universelle, *« est la scène où les peuples et les individus accomplissent leurs destinées »*[3], c'est-à-dire développent leur rationalité et avancent vers la liberté. Il identifiait à cet égard quatre étapes principales : *« l'histoire universelle commence avec l'utilisation de l'écriture, par le règne oriental (...) et obéit au principe selon lequel un seul homme (l'Empereur, le despote) est libre. Dans le règne de la Grèce antique, dominé par l'idée de démocratie, puis dans celui de l'époque romaine, caractérisé par l'invention du droit privé des personnes, le principe est que quelques hommes sont libres (les citoyens athéniens, l'aristocratie romaine). La quatrième époque (...) débute à la fin de l'Empire romain, englobe tout le Moyen-âge, et débouche sur la période moderne, dont les deux événements majeurs sont la Réforme en Allemagne et la Révolution en France. Ce qui unifie cette époque est le principe, instauré par le christianisme, que tous les hommes sont libres »*[4].

Le philosophe allemand affirmait ainsi *« l'identité de l'histoire et de la raison (...) et la possibilité pour l'esprit de naître à travers la violence »*[5]. Il n'avait certainement pas imaginé à quel point cette allégation se révèlerait pertinente au XX^{ème} siècle. Ce dernier, marqué par la Seconde Guerre mondiale et l'avènement consécutif du droit pénal international[6], constitue peut-être une cinquième étape, celle d'une liberté qui n'est réelle

---

1 En allemand *« Die Weltgeschichte ist das Weltgericht »*, Friedrich SCHILLER, « Résignation », in *Poésies de Schiller*, traduit de l'allemand par Xavier MARMIER, Ed. Charpentier, 1854, p. 98.

2 *« Les mots de Schiller (...) sont la chose la plus profonde qu'on puisse dire sur l'histoire »*. Cf. Georg W. F. HEGEL, *Leçons sur le droit naturel et la science de l'Etat, Heidelberg – semestre d'hiver 1817-1818*, traduit de l'allemand par Jean-Philippe DERANTY, Librairie philosophique J. Vrin, 2002, p. 278.

3 Christophe BOUTON, *Le procès de l'histoire : Fondements et postérité de l'idéalisme historique de Hegel*, Librairie philosophique J. Vrin, 2004, Coll. Histoire de la philosophie, p. 202.

4 Du même auteur, « La tragédie de l'histoire. Hegel et l'idée d'histoire mondiale », *Revue Romantisme* n° 104, 1999, p. 10.

5 Alexis PHILONENKO, *Essai sur la philosophie de la guerre*, Librairie philosophique J. Vrin, Coll. Problèmes et controverses, 1988, p. 253.

6 La querelle entre les deux terminologies « droit pénal international » – « droit international pénal » (à ce sujet, Michel MASSE, « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit – Etudes offertes à*

que lorsqu'elle respecte des valeurs encore plus fondamentales telles la paix, l'intégrité et l'égale dignité des hommes.

- La Seconde Guerre mondiale

2. Soixante-quinze ans après son déclenchement par l'Allemagne, ce conflit constitue un point de rupture. Il est ancré dans les esprits comme le paroxysme de l'inhumanité du fait de l'ampleur des massacres perpétrés et la cruauté de la politique nazie. Des livres scolaires à la description de la vie en camp de concentration donnée par d'anciens prisonniers[7] ou bourreaux[8], en passant par les manifestes de la Résistance, les écrits abondent. Chaque année, les éditeurs publient plusieurs dizaines d'ouvrages qui y sont encore consacrés et tendent tous à empêcher, autant que faire se peut, la réitération des atrocités commises entre 1939 et 1945.

3. Il faut dire que le bilan est particulièrement désastreux. La Seconde Guerre mondiale est l'affrontement le plus meurtrier de l'histoire de l'Humanité. C'est une véritable *« hémorragie démographique »*[9]. Selon les estimations, entre 50 et 60 millions de

---

Claude Lombois, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp. 719-733) a ressurgi avec le développement des juridictions pénales internationales. Il est devenu assez habituel d'utiliser l'expression « droit international pénal » pour désigner le droit de ces juridictions et des infractions relevant de leur compétence, auquel on ajoute parfois d'autres infractions internationalement définies (stupéfiants, terrorisme, etc.). Nous nous en tiendrons ici à la terminologie fixée par Claude LOMBOIS (*Droit pénal international*, 2ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 1979, p. 2 puis p. 11) et Cherif BASSIOUNI (*Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. XII) et utilisée dans l'intitulé du code allemand portant adaptation de la législation interne au droit de la Cour pénale internationale.

7 Pour quelques exemples célèbres, Edmond MICHELET, *Rue de la Liberté : Dachau, 1943-1945*, Seuil, 1955, 247p. ; Robert ANTELME, *L'espèce humaine*, Gallimard, 1957, 308p. ; Martin GRAY, *Au nom de tous les miens*, Témoignage recueilli et rédigé par Max GALLO, Robert Laffont, Coll. Vécu, 1971, 401p. ; *Personne ne voudra nous croire*, Témoignages recueillis et présentés par Annette KAHN, Payot, 1991, 178p. ; Germaine TILLION, *Ravensbrück*, Seuil, Coll. Points – Histoire, 1997, 517p. ; Primo LEVI, *Si c'est un homme*, traduit de l'italien par Martine SCHRUOFFENEGER, Robert Laffont, 1999, 213p. ; Geneviève DE GAULLE-ANTHONIOZ, *La traversée de la nuit*, Seuil, 2001, 81p. ; Simone VEIL, *Une vie*, Stock, 2007, 397p.

8 Notamment Rudolf HÖSS, *Kommandant in Auschwitz, Autobiographische Aufzeichnungen*, présenté par Martin BROSZAT, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2008, 288p. ; Gitta SERENY, *Au fond des ténèbres : Un bourreau parle : Franz Stangl, commandant de Treblinka*, Tallandier, 2013, 559p.

9 Expression empruntée à Marc NOUSCHI, *Bilan de la Seconde Guerre mondiale : l'après-guerre 1945-1950*, Seuil, Coll. Mémo, 1996, p. 7.

personnes ont péri[10], ce qui représente 2,5 à 3% de la population mondiale telle qu'évaluée en 1939. A ces chiffres doivent être encore additionnés les 35 millions de blessés, les 30 millions de personnes déplacées et les 3 millions de disparus. Parmi les victimes, plus de la moitié[11] sont des civils tombés au cours de bombardements et autres faits de guerre ou exécutés massivement, morts de famine et de maladies dans les camps de travail, de concentration, d'extermination, dans les convois de transfert de population, ou en d'autres circonstances.

Les dégâts matériels sont également considérables, notamment dans les zones de front. Le pillage des ressources organisé par les forces d'Hitler, conjugué à la désorganisation des moyens de production et aux conditions climatiques difficiles[12], entraîne d'importantes pénuries. Plusieurs quartiers de Londres, Budapest, Kiev et Rotterdam doivent être reconstruits. Sur le territoire français, de nombreuses infrastructures routières et ferroviaires sont inutilisables, incendiées ou dynamitées souvent à l'initiative des mouvements de Résistance. La politique de la « terre brûlée » ajoutée aux bombardements effectués par les puissances de l'Axe[13] fait de l'U.R.S.S. la puissance alliée la plus sinistrée[14]. En Allemagne et au Japon, certaines grandes villes et centres économiques et industriels sont aussi dévastés. Finalement, à l'exception des Etats-Unis, tous les Etats

---

10 La plupart des historiens agréent des chiffres qui tournent autour de 50 millions de morts. Voir notamment Marc NOUSCHI, Ibidem ; Serge BERNSTEIN et Pierre MILZA (sous la dir.), *Histoire du XX*ème *siècle*, Tome I – 1900-1945, La fin du monde européen, Hatier, Coll. Initial, 1996, p. 476 ; John KEEGAN, *La Deuxième Guerre mondiale*, Perrin, Coll. Tempus, 2009, p. 773.

11 Certains estiment que nous serions plus proches de 75%. Voir Chantal ANTIER, Pascal BALMANT, Régis BENECHI et al. (sous la dir.), *Une histoire du monde contemporain*, Larousse, 2005, p. 243.

12 L'hiver 1946-1947 a été marqué par une vague de froid exceptionnel en Europe du nord et centrale.

13 Cette expression « puissances de l'Axe » vient du pacte tripartite signé le 27 septembre 1940 entre l'Allemagne, l'Italie et le Japon, connu sous le nom d' « Axe Berlin-Rome-Tokyo ». Par cet accord, les trois nations ont déclaré reconnaître l'hégémonie de l'Allemagne sur l'Europe continentale, celle de l'Italie sur la Méditerranée et celle du Japon sur l'Asie orientale et le Pacifique. Au cours du conflit, la Slovaquie, la Hongrie et la Roumanie (novembre 1940) ainsi que la Bulgarie (mars 1941) ont rejoint cette alliance. Après l'annexion par l'Allemagne de la Yougoslavie, la Croatie récemment créée a intégré l'Axe en juin 1941. En revanche, même si elle a combattu aux côtés du *Reich* contre l'Union soviétique, la Finlande n'a jamais signé le pacte. Il en est de même pour l'Espagne, pourtant proche du fascisme. Données synthétiques issues de l'article « Les pays de l'Axe pendant la Seconde Guerre mondiale », disponible **[en ligne]** sur le site de l'Encyclopédie multimédia de la Shoah, http://www.ushmm.org/wlc/fr/article.php?ModuleId=34 (consulté le 1er juillet 2014).

14 Les destructions en Union soviétique représenteraient près de 50% du total mondial. Voir Pierre LEON et Georges DUPEUX (sous la dir.), *Histoire économique et sociale du monde*, Tome 5 – Guerres et crises 1914-1947, Armand Colin, 1977, p. 560.

engagés d'une façon ou d'une autre dans le conflit sont sévèrement atteints et souffrent de problèmes de ravitaillement et de logement jusque longtemps après la fin de la guerre.

4. Le traumatisme est immense pour les familles de ceux qui ne sont pas revenus de même que pour les personnes qui ont survécu à tant d'horreur. Après le règne de la terreur, le désarroi et l'incompréhension s'installent durablement : *« il existe, pour les victimes (…), une frontière temporelle indélébile qui sépare leur vie normale antérieure au crimes de leur vie postérieure, marquée à jamais par l'offense »*[15]. Au-delà, le monde entier est profondément choqué en découvrant l'ignominie de l'idéologie dictatoriale national-socialiste et l'ampleur des tueries à l'ouverture des camps. Deux caractéristiques de cette guerre ont été mises en évidence. D'une part, elle est la première d'un nouveau type de conflit extrême parce qu'utilisant des moyens technologiques de dévastation à grande échelle : on a mis en place une industrie de la mort. D'autre part, une partie des exactions commises l'ont été pour des motifs discriminatoires. Si on parle aujourd'hui d' « Holocauste » ou de « Shoah », c'est que les historiens évaluent à 5 voire 6 millions le nombre de déportés raciaux, majoritairement des Juifs résidant sur les territoires occupés par le *Reich*[16], tués durant le conflit, dont près de 3 millions dans les camps nazis[17].

- Les crimes de la Seconde Guerre mondiale

5. Dès octobre 1941, les Alliés – par la voix de Winston Churchill, premier ministre britannique – évoquent, entre autres buts principaux de la guerre, la nécessité de châtier

---

15 Yann JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire n° 116, 2002, p. 2.

16 Le chiffre de 5,7 millions de Juifs exécutés a été avancé après-guerre et c'est celui que retiennent la plupart des historiens, ce qui représente 78% de la population juive résidant à l'époque sur les territoires occupés par l'Allemagne. Partageant cette opinion, Martin GILBERT, *Atlas of the Holocaust*, New-York, Pergamon Press, 1988, p. 244. Notons que des chiffres un peu plus élevés ont été avancés dans les années 1990 par certains historiens (entre 5,8 et 6,2 millions), mais autour desquels aucun consensus ne s'est dessiné (Edouard HUSSON, « Bilan chiffré de la Shoah », in Georges BENSOUSSAN (sous la dir.), *Dictionnaire de la Shoah*, Larousse, Coll. A présent, 2009, p. 137).

17 Chiffre donné par Edouard HUSSON, Ibidem. Plus d'un million de personnes auraient été exécutées à Auschwitz-Birkenau, 750.000 à Treblinka, 550.000 à Belzec, 200.000 à Sobibor selon Marc NOUSCHI, *Bilan de la Seconde Guerre mondiale : l'après-guerre 1945-1950*, op. cit., p. 9.

rapidement les auteurs de ces atrocités, à la mesure de leurs forfaits[18]. Deux ans plus tard, est rédigée la Déclaration de Moscou[19] qui fixe les grandes lignes du dispositif à mettre en place : ceux dont les exactions sont localisables dans un pays relèveront des cours répressives nationales ; ceux dont les actes dépassent les frontières étatiques devront être jugés au nom de la conscience universelle, par une juridiction et en vertu d'incriminations nouvelles à caractère international.

C'est à Nuremberg, ville des parades nazies, qu'est symboliquement installé dès août 1945 ce tribunal des hommes et de l'histoire, « tribunal du monde » pour reprendre l'expression de Schiller. Cogéré par les Etats-Unis, l'U.R.S.S., la Grande-Bretagne et la France, il se donne pour ambition de *« constituer un historique bien documenté de ce qui (...) était un plan d'ensemble conçu en vue d'inciter à commettre des agressions et actes de barbarie »*[20]. Son statut[21] définit les règles de son organisation et de son fonctionnement. Il établit aussi les motifs d'accusation pour lesquels seront poursuivis les dignitaires nazis. Il s'agit de sanctionner les responsables qui ont engagé leur pays dans une guerre d'agression – crime contre la paix – ou ont systématiquement nié les règles de conduite des combats – crime de guerre. Une incrimination est également instaurée pour réprimer *« ceux qui [ont décidé] d'exclure de leur droit à la dignité ou à la vie certaines catégories de population sous leur contrôle »*[22] : le crime contre l'humanité. Ces trois

---

18 Déclaration en date du 25 octobre 1941, reproduite et traduite dans l'ouvrage d'Eugène ARONEANU, *Le crime contre l'humanité*, Dalloz, 1961, p. 275.

19 « Great Britain - Soviet Union - United States : Tripartite Conference in Moscow. Anglo-Soviet-American Communiqué, November 1, 1943 », *The American Journal of International Law* n° 1, vol. 38, supplément Official Document, janvier 1944, pp. 3-8.

20 *« (...) constitute a well-documented history of what (...) was a grand, concerted pattern to incite and commit the aggressions and barbarities »* (Traduction proposée). Cf. Rapport de Robert JACKSON au Président américain Truman sur les atrocités et crimes de guerre, 7 juin 1945, disponible **[en ligne]** sur http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp, consulté le 17 décembre 2013.

21 Annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire du 8 août 1945, notamment disponible **[en ligne]** sur http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=6AA5276A7884D0DEC12563140043A8DB (consulté le 17 décembre 2013).

22 Pierre TRUCHE et Pierre BOURETZ, « Crime contre l'humanité – Génocide – Crime de guerre – Crime d'agression », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, novembre 2005, p. 3.

infractions, qu'on appelle en doctrine *« crimes internationaux par nature »*[23], permettent de punir les atteintes portées pendant le conflit aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, principalement à la dignité humaine[24] et à la paix mondiale[25]. Ces deux *« principes de civilisation »*[26], indissociables et primordiaux, constituent le socle aussi bien que l'objectif dominant du droit international moderne.

6. Pour autant, les valeurs protégées par ces trois incriminations et leur structure diffèrent. Le crime contre la paix, de nature *« interétatique »*[27], se distingue assez nettement des crimes de guerre et contre l'humanité dont les victimes sont des personnes physiques considérées individuellement ou en groupe.

Le crime contre la paix, aujourd'hui crime d'agression[28], est imputable aux dirigeants de l'État agresseur. Prévu à l'article 6a du Statut[29], cette infraction recouvre deux séries

---

23 Voir Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit., p. 35 et suivantes. On trouve plus rarement l'expression *« crimes internationaux par essence »*. Pour un exemple, Aurélien-Thibault LEMASSON, *La victime devant la justice pénale internationale*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Limoges, 2010, publiée aux Presses universitaires de Limoges, 2012, p. 161 et p. 424.

24 La dignité humaine est préservée par le *ius in bello*, c'est-à-dire le droit international humanitaire qui encadre la conduite des hostilités armées. Pour des explications complètes, Robert KOLB, *Ius in bello : le droit international des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Précis, 2009, 551p.

25 La paix mondiale est l'objet du *ius ad bellum* ou *ius contra bellum*, qui régit le déclenchement des conflits. Du même auteur, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Précis, 2009, 435p.

26 Valérie MALABAT et al., *La dimension internationale de la justice pénale*, Recherche menée avec le soutien du G.I.P. Mission de recherche Droit et Justice, 2011, p. 20.

27 Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « La répression du crime international d'agression : la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ? », *R.S.C.*, 2008, p. 190.

28 Pour des travaux récents sur la notion d'agression, Maurice KAMTO, *L'agression en droit international*, Pédone, 2010, 464p. ; Jean-Paul PANCRACIO, *Un mutant juridique : l'agression internationale*, Ed. de l'I.R.S.E.M., Coll. Cahiers de l'I.R.S.E.M. n° 7, 2011, 85p. ; et sur la répression du crime d'agression, Véronique METANGMO, *Le crime d'agression : recherches sur l'originalité d'un crime à la croisée du droit international pénal et du droit pénal du maintien de la paix*, Thèse de doctorat en Droit, Université Lille II Droit et santé, 2012, 678p. ; Patrycja GRZEBYK, *Criminal responsibility for the crime of agression*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2013, 394p. ; Kristen SELLARS, *« Crimes against peace » and international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 316p.

29 La définition fixée dans cet article a par la suite été reprise par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans deux résolutions n° 95 (I) du 11 décembre 1946 (*Nations-Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale*, Résolutions adoptées pendant la seconde partie de la première session du 23 octobre au 15 décembre 1946, 1947, p. 188) et n° 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 (*Nations-Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale*, Résolutions adoptées pendant la vingt-neuvième session,

d'agissements : d'une part, la participation à un « plan concerté » ou à un « complot » (expressions qui ne se retrouvent qu'au dernier alinéa de l'article 6[30]), d'autre part, la préparation et la conduite de la guerre. Ce qui est prohibé, c'est l'usage de la force militaire en l'absence de situation de légitime défense. La raison d'être de cette infraction est à rechercher tant dans la nécessité de prévenir la commission de violations graves du droit international humanitaire que dans la répression efficace de tout recours illégal à la guerre. Le crime contre la paix est tout à la fois une infraction-obstacle – *« briser la paix mondiale ne nuit pas à la dignité de l'Homme mais ce comportement dangereux annonce des violations graves et quasi-systématiques du droit humanitaire »*[31] – et une infraction de résultat – *« il est opportun d'incriminer la guerre d'agression pour elle-même et indépendamment de la prise en compte des infractions humanitaires tellement redoutées qu'elle entraîne pourtant presque toujours. La guerre en elle-même (…) est intolérable et injustifiable »*[32]. Au surplus, l'auteur est un dirigeant étatique, politique ou militaire, qui porte atteinte non pas spécifiquement à une personne physique ou un groupe de personnes physiques, à un bien ou un ensemble de biens, mais *in globo* à la sécurité collective ou encore à *« la paix du monde »*[33]. Ces caractéristiques ne sont pas sans incidence sur la perception que l'on a de ces crimes, dont les individus ne se sentent pas directement victimes dans leur personne même.

---

sur les rapports de la Sixième commission, 1974, p. 148). Aujourd'hui, le crime d'agression relève de la compétence de la Cour pénale internationale. Son contenu substantiel est fixé à l'article 8bis du Statut de Rome, tel qu'adopté lors de la conférence de révision de Kampala qui s'est tenue entre le 31 mai et le 11 juin 2010 (Résolution RC/RES.6) et prend directement appui sur la résolution de 1974. Toutefois, cette disposition n'est pas encore effective. La Cour ne pourra exercer sa compétence à l'égard du crime d'agression qu'à partir du 1er janvier 2017. Voir Gilbert BITTI, « Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale », *R.S.C.*, 2010, p. 959.

30 Art. 6 in fine : *« Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis [de guerre ou contre l'humanité] sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan. »*

31 Aurélien-Thibault LEMASSON, « Le crime contre la paix ou crime d'agression », *R.S.C.*, 2006, p. 282.

32 Ibidem.

33 Idem, p. 287. Au demeurant, peu d'Etats incriminent l'agression dans leur corpus juridique interne et la France n'est pas de ceux-là. A la suite d'Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, nous citerons la Bulgarie, la Fédération de Russie, l'Ukraine, l'Arménie, l'Ouzbékistan, le Tadjikistan, la Lettonie, la Moldavie, la République du Monténégro, la Macédoine, et l'Allemagne bien que cet Etat ait adopté une disposition plutôt restrictive. Cf. « La répression du crime international d'agression : la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ? », op. cit., p. 187.

En revanche, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité s'analysent plus aisément comme des atteintes aux personnes et, dans une moindre mesure, aux biens. Ils sont incriminés aux paragraphes b et c de l'article 6 selon un schéma similaire (une formule générale suivie d'une liste non exhaustive de comportements répréhensibles) et avec des termes, parfois identiques (assassinat, déportation), toujours lourds de signification (exécution des otages, extermination, réduction en esclavage, persécutions, etc.). Il ne s'agit plus d'intervenir sur le seul terrain des relations internationales mais de sanctionner avec fermeté les exactions concrètes, tangibles, quantifiables, commises sur le champ de bataille, dans les villes et les villages. Qu'elles soient le fait de décisionnaires ou de subordonnés, qu'elles ciblent les populations ou les troupes combattantes adversaires, ces infractions, purement matérielles, heurtent les individus dans leur personne, dans leur groupe d'appartenance ou dans leurs propriétés. L'atteinte est portée à ce qu'ils sont, physiquement ou métaphysiquement, ce à quoi ils appartiennent, ce qu'ils possèdent. Ainsi, André Frossard définit le crime contre l'humanité comme le fait de *« [tuer] quelqu'un sous prétexte qu'il est né »*[34] juif, rom ou handicapé mental, par exemple. Quant au crime de guerre, notion plus ancienne, il lèse les soldats et les civils, tués, maltraités, déplacés ou privés de leurs richesses.

- La mémoire des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

7. *« Souviens-toi. Remember »* est-il inscrit en grands caractères à l'entrée des ruines du village d'Oradour-sur-Glane[35]. *« Souvenons-nous ! Souvenez-vous ! Un peu partout dans le monde retentissent des appels à la mémoire »*[36]. Ainsi pensait Alfred Grosser en 1989. Aujourd'hui encore, le XX^{ème} siècle terminé, ces propos n'ont rien perdu de leur actualité.

---

34 André FROSSARD, *Le crime contre l'humanité,* Robert Laffont, 1987, p. 13.

35 Village « martyr » situé à 20km de Limoges, en Haute-Vienne. Moins connu, à 45km de Tours, le village de Maillé, massacré le 25 août 1944, utilise l'expression *« n'oublions jamais »* sur une des plaques commémoratives de l'évènement. Voir notre mémoire de Master II, *Oradour, Izieu, Maillé : histoire, droit, mémoire*, Université de Poitiers, 2009, 95p. Voir également les communications de Geneviève ERRAMUZPE, Pascal PLAS et Sébastien CHEVEREAU au cours de la table ronde du 19 juin 2010 sur le thème « Lieux de crime et de mémoire », in *La mémoire et le crime*, Actes des XVIII^{èmes} journées d'étude de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, Travaux de l'Institut vol. 27, Cujas, 2011, pp. 217-278.

36 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, Flammarion, 1989, p. 16.

La mémoire des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis au cours de la Seconde Guerre mondiale est omniprésente. Exhortée par le plus grand nombre, niée par quelques uns, rares sont ceux qu'elle laisse indifférents. Et s'il faut chercher une « hiérarchie » entre les deux catégories de crimes, ce sont sans nul doute les crimes contre l'humanité qui occupent le plus l'espace public, en raison de la connotation raciste qui les sous-tend. Ces atteintes, fondées sur le traitement différencié d'un groupe de population (national, religieux, racial, ethnique ou autre), indignent profondément la société.

Les locutions « devoir de mémoire » et « politiques mémorielles » sont devenues d'usage courant. La première désigne une obligation morale. L'autre est une pratique politique. Les deux s'imbriquent au point qu'il est utile d'examiner chacune de ces notions.

8. L'expression « devoir de mémoire »[37] dénote la volonté de combattre l'oubli d'un évènement. En effet, le devoir de mémoire, *« incontournable du discours politique et intellectuel »*[38], a pour but *« de nous rendre sensible aux « messages » dont le passé est porteur et aux « leçons » qu'il comporte pour le présent »*[39]. En cela, il se rapproche de la catharsis c'est-à-dire de la transformation de l'émotion en pensée.

Si on se réfère aux travaux menés en neurosciences, sciences cognitives et sociologie, il apparaît que la mémoire ici envisagée est à long terme, déclarative, épisodique et collective[40] : à long terme[41], parce qu'elle est apte à conserver durablement des informations, souvent toute une vie ; déclarative[42] et épisodique[43], en ce qu'elle *« règle le*

---

37 Sur la création et l'essor de cette expression en France, Olivier LALIEU, « L'invention du devoir de mémoire », *Vingtième siècle – Revue d'histoire* n° 69, janvier-mars 2001, pp. 83-94. Pour une définition et une analyse critique des implications de ce concept, Emmanuel KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, P.U.F., Coll. Questions d'éthique, 2002, 153p.

38 Emmanuel KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 3.

39 Ibidem, p. 68.

40 Nous empruntons ces termes à Johann MICHEL, « Définition et premières distinctions de la mémoire », in Johann MICHEL (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 9.

41 Par opposition à la mémoire à court terme et à la mémoire dite « de travail », consistant à emmagasiner un nombre limité de données sur une courte période.

42 Par opposition à la mémoire « sensi-motrice », « implicite » ou encore « procédurale », qui gouverne les aptitudes motrices, verbales et cognitives acquises par l'apprentissage et utilisées dans la vie quotidienne de façon habituelle, sans nécessiter de rappel conscient.

rappel conscient de souvenirs (...) d'événements »[44] ; collective car on se souvient *« du point du groupe social »*[45]. Assurément, par essence, la mémoire est une aptitude biologique et donc personnelle. Se manifestant sous la forme d' *« images-souvenirs »*[46], elle s'érige par reconstruction du passé, de bonne ou de mauvaise foi, à partir d'événements vécus par la personne elle-même ou ses proches[47]. Mais le « devoir de mémoire » dépasse le seul individu ; il en appelle à une mémoire de groupe dont les « cadres » sont, dans une certaine mesure, fixés socialement. Autrement dit, la mémoire convoquée et proclamée dans les allocutions et les médias se situe aux confins du psychique et du social.

9. Trois interrogations doivent alors être formulées.

La première est la question du « qui ? ». Il s'agit de déterminer le sujet d'attribution de la mémoire collective, soit qu'elle représente la somme des mémoires individuelles qui la composent, soit qu'elle constitue à l'inverse une entité nouvelle qui les transcende. Les auteurs ont longtemps été partagés. Certains[48] ont d'abord penché pour un *« statut*

---

43 Par opposition à la mémoire « sémantique » qui désigne l'ensemble des connaissances acquises et conservées, par exemple l'orthographe, les règles mathématiques, etc.

44 Johann MICHEL, « Définition et premières distinctions de la mémoire », op. cit., p. 9.

45 Ibidem, p. 12.

46 Idem, p. 10.

47 En ce sens, la mémoire est partielle et partiale, subjective et faillible. Comme l'indique Maurice HALBWACHS, *« chacun se souvient à sa manière ».* Cf. *Les cadres sociaux de la mémoire*, Albin Michel, réédition 1994, p. 146. Primo LEVI affirme, quant à lui, que *« la mémoire humaine est un instrument merveilleux mais trompeur. C'est une vérité usée »*. Cf. *Les naufragés et les rescapés : quarante ans après Auschwitz*, Gallimard, Coll. Arcades, 1989, p. 23.

48 Au premier rang desquels Maurice HALBWACHS dans son ouvrage *La mémoire collective*, Albin Michel, réédition 1997, 295p. Paradoxalement, le même auteur insiste aussi sur les individus qui composent le groupe et réalisent la mémoire collective. Il semble donc « osciller » entre *« l'anthropomorphisme »* (Marc BLOCH, « Mémoire collective, tradition et coutume », *Revue de synthèse historique* n° 118-120, 1929, p. 73) et *« l'interpénétration des consciences »* (Roger BASTIDE, « Mémoire collective et sociologie du bricolage », *L'année sociologique* n° 21, 1970, p. 83), prônant une forme d'influence réciproque entre les groupes et les personnes qui les constituent. Voir sur le sujet, Marie-Claire LAVABRE, « Usages et mésusages de la notion de mémoire », *Revue critique internationale* n° 7, avril 2000, pp. 54-55.

ontologique »[49] de la mémoire collective. Ils adoptaient une démarche de réification de cette mémoire et de personnification du groupe, suggérant que ce dernier possède, au même titre que les personnes physiques, la capacité de penser et de se souvenir. En clair, ils considéraient que la mémoire collective n'est pas réductible à la mémoire de ses membres[50]. Désormais, la discussion est quasiment close : *« toute analyse de la mémoire collective (...) ne peut se passer d'une référence explicite aux mémoires individuelles »*[51]. La mémoire collective trouve sa source première dans les procédés de mémorisation et de remémoration des membres d'un groupe. En ce sens, Paul Ricoeur affirme : *« il importe de ne jamais oublier que c'est par analogie seulement, et par rapport à la conscience individuelle et à sa mémoire, que l'on tient la mémoire collective par un recueil de traces laissées par des événements qui ont affecté le cours de l'histoire des groupes concernés »*[52].

La deuxième question est celle du « quoi ? » et vise à délimiter l'objet de la mémoire collective. Sur ce point, la conception est relativement harmonisée. Johann Michel considère que la mémoire collective est constituée *« de souvenirs d'événements communs réels ou fantasmés, rappelés consciemment à l'occasion de rites de commémorations »*[53].

---

49 Expression empruntée à Johann MICHEL, « Esquisse d'une socio-phénoménologie historique de la mémoire collective », in Johann MICHEL (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance*, op. cit., p. 87.

50 On se rapproche ici de la théorie de la conscience collective, développée par Emile DURKEIM dans plusieurs ouvrages, selon laquelle une société, qu'il s'agisse d'une nation ou d'un groupe plus restreint, constituerait une entité se comportant comme un individu global (voir notamment, *De la division du travail social* paru pour la première fois en 1893, réédition P.U.F., 2013, 416p. ; *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, réédition P.U.F., 2013, 149p. ; *Les formes élémentaires de la vie religieuse,* 1912, réédition P.U.F., 2012, 647p.). Cette théorie a été reprise par Maurice HALBWACHS, dans son article « Conscience individuelle et esprit collectif », paru à l'*American journal of Sociology* n° 44, 1939, pp. 812-822.

51 Johann MICHEL, « Esquisse d'une socio-phénoménologie historique de la mémoire collective », op. cit., p. 87.

52 Paul RICOEUR, *La Mémoire, l'histoire et l'oubli*, Seuil, Coll. Point – Essais, 2003, p. 145. Partageant cette conception, Arnault LECLERC déclare : *« Comment imputer une mémoire à un ensemble dénué de toute réalité physique ? Une société, un Etat, une nation ne sont pas des « sujets grands formats » ; leur essence n'est pas personnelle mais relationnelle. Par conséquent, la mémoire collective n'est pas l'attribut d'un groupe (quelle qu'en soit la taille) ; elle se définit plutôt comme l'ensemble des éléments du passé partagés intersubjectivement par des individus socialisés ».* Cf. « Mémoires et politiques de la reconnaissance », in Johann MICHEL (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance*, op. cit., p. 247.

53 Johann MICHEL, « Esquisse d'une socio-phénoménologie historique de la mémoire collective », op. cit., p. 91.

Dans la même perspective, Pierre Nora souligne que *« la mémoire collective est le souvenir ou l'ensemble de souvenirs, conscients ou non, d'une expérience vécue et/ou mythifiée par une collectivité vivante de l'identité de laquelle le passé fait partie intégrante »*[54]. Autrement dit, elle s'appuie sur des *« représentations socialement partagées du passé, lesquelles sont effets des identités présentes dans le groupe qu'elles nourrissent pour partie en retour »*[55].

Enfin, la troisième interrogation tourne autour du « comment » : comment les mémoires individuelles deviennent-elles mémoire collective ? Selon Marie-Claire Lavabre, celle-ci n'existe qu'à l'issue d'un *« travail d'homogénéisation des représentations du passé »*[56]. Ce processus s'opère aussi bien au sein de communautés dites « affectives »[57] que d'ensembles plus symboliques[58], ou encore dans les relations entre l'individu et la nation. Il consiste en une *« mise en scène des groupes au cours de leur histoire »*[59] pour réduire la diversité des souvenirs individuels en fonction des préoccupations du groupe pour le présent et l'avenir. Les souvenirs collectifs, loin de rappeler les faits tels qu'ils se sont effectivement déroulés, s'érigent par reconstruction du passé. Finalement, un même événement se décline différemment en fonction du *« jeu d'échelle »*[60] envisagé.

---

54 Pierre NORA, « Mémoire collective », in Jacques LE GOFF (sous la dir.), *La nouvelle histoire*, Ed. Retz, Coll. Les encyclopédies du savoir moderne, 1978, p. 398.

55 Marie-Claire LAVABRE, « Pour une sociologie de la mémoire collective », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.cnrs.fr/cw/fr/pres/compress/memoire/lavabre.htm (consulté le 23 juin 2014).

56 Ibidem.

57 Typiquement la famille ou la cellule amicale.

58 Qui trouvent généralement leur origine dans un épisode historique marquant. On parle aussi de « groupes intermédiaires » : syndicats, associations, partis politiques, etc.

59 Johann MICHEL, « Esquisse d'une socio-phénoménologie historique de la mémoire collective », op. cit., p. 91.

60 C'est-à-dire du niveau d'interactions sociales considéré. Johann MICHEL, « Définition et premières distinctions de la mémoire », op. cit., p. 14. Cela explique que les mémoires collectives soient un objet d'étude privilégié pour les historiens, qui analysent, dans une démarche tendant à l'objectivité, les modes de transmission des souvenirs.

10. Ainsi, existe-t-il non pas une mais des mémoires collectives qui peuvent être classées en suivant la typologie de Robert Franck[61] :

- la « mémoire officielle » au niveau de la nation, qui est celle des instances de l'Etat et par laquelle ce dernier tente de forger et de maintenir une identité nationale ;
- les « mémoires de groupes », c'est-à-dire celle des partis, des associations, des Eglises, des militants d'une cause, qui luttent contre l'oubli d'un épisode ou d'une personne par exemple et travaillent également dans le sens d'une certaine construction identitaire ;
- la « mémoire savante » des historiographes, *« au contraire décapante, démystificatrice »*[62], édifiée à partir de questionnements spécifiques et d'une méthodologie scientifique ;
- la « mémoire publique », part *« indéfinissable et fluctuante de la mémoire collective »*[63], qui n'est le fait d'aucun groupe en particulier[64].

De surcroît, à l'intérieur de chaque *« strate »*[65] de mémoire, ce « découpage » peut être de nouveau appliqué. La mémoire d'une association, par exemple, réunit à la fois une forme de mémoire officielle portée par les instances dirigeantes, des mémoires de sous-groupes (antennes locales, fractions générationnelles) et une mémoire publique *« correspondant à la part de la mémoire fluctuante vécue ou acquise hors du groupe ou du sous-groupe »*[66].

---

61 Robert FRANCK, « Bilan d'une enquête », in *La mémoire des Français. Quarante ans de commémorations de la Seconde Guerre mondiale*, Ed. du C.N.R.S., 1986, pp. 372-373. A notre connaissance, cette classification est la plus couramment utilisée.

62 Ibidem.

63 Idem.

64 D'où la qualification parfois retenue de *« mémoire diffuse »*. Voir Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* Seuil, Coll. Points – Histoire, 1990, p. 252.

65 *« La mémoire collective est à chaque moment un ensemble hétérogène, composé de plusieurs strates dont la succession traduit son historicité intrinsèque »*. Cf. Krzysztof POMIAN, « De l'histoire, partie de la mémoire, à la mémoire, objet de l'histoire », *Revue de métaphysique et de morale*, 1998/1, p. 107.

66 Robert FRANCK, « La mémoire et l'histoire », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.ihtp.C.N.R.S..fr/spip.php%3Farticle233&lang=fr.html (consulté le 23 juin 2014).

11. L'expression « politiques mémorielles »[67] ou « politiques de mémoire »[68] renvoie à l'usage « politique »[69] sinon « partisan » de ces mémoires collectives : *« utiliser les morts pour gouverner les vivants »*[70]. S'il est un point de convergence entre toutes les mémoires collectives, il tient aux mécanismes d'occultation, de distorsion voire de manipulation procédant à leur élaboration. En effet, quelle que soit la strate de mémoire concernée, le souvenir est fréquemment mobilisé à des fins *« stratégiques »*[71], pour légitimer la politique des gouvernants, *« pacifier l'espace social »*[72] ou encore revendiquer un privilège même s'il n'est que symbolique. Cela est particulièrement visible à l'analyse des mémoires portant sur des évènements douloureux du passé, dites parfois « mémoires traumatiques ». Il en est ainsi pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité perpétrés entre 1939 et 1945.

12. Assimiler les politiques mémorielles aux politiques étatiques de mémoire serait réducteur[73]. En réalité, dès lors qu'une institution quelconque exerce un pouvoir de

---

67 Locution la plus souvent usitée par les auteurs, à l'instar de Johann MICHEL dans son ouvrage de référence sur le sujet *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, P.U.F., 2010, 224p.

68 Marie-Claire LAVABRE, « Usages et mésusages de la notion de mémoire », op. cit., p. 51.

69 Les auteurs recourent régulièrement aux formules « usage politique » ou « usages politiques ». Pour un ouvrage qui emploie la seconde expression en intitulé : François HARTOG et Jacques REVEL, *Les usages politiques du passé*, Ed. de l'E.H.E.S.S., 2001, 206p. Voir également les actes du colloque « Usages politiques du passé dans la France contemporaine des années 1970 à nos jours », qui s'est tenu en septembre 2003 sous l'égide du Centre d'histoire sociale du XX^{ème} siècle de l'Université Paris I et en partenariat avec le C.N.R.S. et l'Université de Provence : Claire ANDRIEU, Marie-Claire LAVABRE, Danielle TARTAKOWSKY (sous la dir.), *Politiques du passé. Usages politiques du passé dans la France contemporaine* ; Maryline CRIVELLO, Patrick GARCIA et Nicolas OFFENSTADT, *Concurrence des passés. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2006, 2 vol.

70 Propos du sociologue Georges MINK recueillis par René SOLIS et transcrits dans son article « L'Etat peut-il dicter la politique mémorielle ? », *Libération*, 18 septembre 2009.

71 Pierre NORA parle d' *« utilisation stratégique de la mémoire »* par les historiographes pour permettre un renouveau de l'historiographie (Voir « Mémoire collective », op. cit., p. 398). Il nous semble que cette interprétation est tout aussi adéquate pour viser l'usage fait de la mémoire collective par les groupes. Telle est aussi l'opinion de Sarah GENSBURGER bien que l'auteur réduise la mémoire à cette seule fonction. Voir « Les figures du juste et du résistant et l'évolution de la mémoire historique française de l'Occupation », *Revue française de science politique*, 2002/2, p. 314.

72 Arnault LECLERC, « Mémoires et politiques de la reconnaissance », op. cit., p. 247.

73 De cette opinion, Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 3 et p. 14 (*« Le couple Etat-nation n'est plus le face-à-face mémoriel exclusif »*), rejoint sur ce point par Marie-Claire LAVABRE qui analyse la politique mémorielle du Parti Communiste Français

régulation des relations sociales et « impose », par n'importe quel moyen, des souvenirs communs à ses membres, elle est source de politique mémorielle[74]. C'est pourquoi on emploie l'expression « politique mémorielle européenne » pour désigner la politique publique du passé impulsée par l'Union et/ou le Conseil de l'Europe[75]. De même, on qualifie de *« politiques de mémoire dénationalisées »*[76] les initiatives développées par des ensembles géographiques plus limités et auparavant subsumés dans la nation, à l'image de la Bretagne, la Corse ou la Vendée.

13. Cependant, dans un sens plus étroit et – il faut bien le reconnaître – plus courant, les politiques mémorielles renvoient pour l'essentiel aux actions menées par les *« autorités politico-administratives »*[77]. La formule désigne alors les interventions de la puissance publique dans les domaines de la production, de la conservation et de la transmission du souvenir.

Primo, l'objectif poursuivi est tout à fait particulier : il s'agit non seulement de « façonner » les perceptions et représentations du passé mais plus encore d'influer *« sur la matrice symbolique d'une société donnée à une époque donnée »* et d'agir *« sur*

---

dans sa thèse *Le fil rouge. Sociologie de la mémoire communiste,* Thèse de doctorat en Science politique soutenue à l'I.E.P. de Paris en 1992, parue aux Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1994, 319p.

74 On retrouve ici l'acception extensive de Michel FOUCAULT qui définit le pouvoir comme l'ensemble des *« transactions incessantes qui modifient, qui déplacent, qui bouleversent, qui font glisser insidieusement, peu importe, les financements, les modalités d'investissements, les centres de décisions, les formes et les types de contrôle, les rapports entre pouvoirs locaux et autorité centrale »*. Cf. *Naissance de la biopolitique*, Gallimard, Coll. Hautes études, 2004, p. 79.

75 Quoique sa légitimité puisse être contestée et que sa mise en œuvre pose d'importantes difficultés. Sur cette question, voir notamment Daniel BRÜCKENHAUS, « La mémoire commune européenne », in Bronislaw GEREMEK et Robert PICHT (sous la dir.), *Visions d'Europe*, Odile Jacob, 2007, pp 407-418 ; Sarah GENSBURGER et Marie-Claire LAVABRE, « D'une mémoire européenne à l'européanisation de la mémoire », *Politique européenne* n° 37, 2012/2, pp. 9-17. Signalons également deux articles de l'historien et géographe Patrick GARCIA, « Politiques mémorielles en Europe : premiers jalons d'une enquête en cours », 11 mai 2006, disponible **[en ligne]** sur http://lodel.imageson.org/dakirat/document.html?id=144 (consulté le 24 juin 2014) ; « Vers une politique mémorielle européenne ? L'évolution du statut de l'histoire dans le discours du Conseil de l'Europe », in Robert FRANCK et al. (sous la dir.), *Un espace public européen en construction*, Bern, Peter Lang, 2011, pp. 179-201.

76 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 69.

77 Ibidem, p. 4.

l'institution imaginaire des identités collectives »[78]. A cet égard, on parle volontiers de la construction d'un *« régime mémoriel »*[79]. Plus qu'un simple élément du patrimoine, la mémoire est conçue comme un *« ferment de la conscience nationale »* et devient un véritable *« enjeu républicain »*[80]. On lui assigne un rôle fédérateur, indispensable à la construction d'une identité dépassant les particularismes locaux. Néanmoins, l'Etat ne décide pas seul de l'orientation à donner aux politiques mémorielles[81]. Bien au contraire, les interactions entre les acteurs publics et les autres acteurs qui soutiennent les « doléances mémorielles » de leur groupe d'appartenance sont nombreuses et ostensibles. C'est en ce sens que Johann Michel parle de *« gouvernance mémorielle »* : *« la fabrication des politiques mémorielles [est] une entreprise négociée entre l'Etat et des acteurs non étatiques. La notion de gouvernance mémorielle insiste sur la perte de centralité de l'Etat, sur la montée en puissance d'acteurs infra-étatiques (collectivités locales) et supra-étatiques (institutions internationales), d'acteurs privés (entrepreneurs de la mémoire issus de la société civile), sur l'interdépendance renforcée entre l'Etat et ces acteurs »*[82].

Secundo, l'Etat dispose de moyens singuliers pour bâtir et/ou impulser une politique mémorielle, comparés à ceux des groupes. Certes, les autorités publiques usent, comme le font les autres ensembles, des modes traditionnels de commémoration[83] des événements heureux ou malheureux : cérémonies avec dépôt de gerbes, minutes de silence, abaissements des drapeaux, sonneries aux morts, etc. De plus, ils recourent à des méthodes de remémoration[84] partagées par les autres groupes, qui s'ancrent aujourd'hui dans un

---

78 Idem, p. 5.

79 Au sens de « *configuration stabilisée d'une mémoire publique officielle ».* Idem, p. 16.

80 Jean-Pierre RIOUX, « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », *Vingtième siècle – Revue d'histoire* n° 73, janvier-mars 2002, p. 159.

81 Contrairement à ce qui se passait jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle et avant la Première Guerre mondiale d'après Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 49.

82 Ibidem, p. 50.

83 *« Action de rappeler le souvenir d'un événement, d'une personne »* et par extension, cérémonie faite à cette occasion (*Dictionnaire Larousse*, « Commémoration »).

84 *« Action volontaire de se remettre quelque chose en mémoire »* (Ibidem, « Remémoration »), à distinguer, quoique les deux coexistent, de la « rémanence mémorielle » qui désigne la persistance d'un état, d'une sensation, ici de la mémoire, alors que sa cause a disparu (Idem, « Rémanence »).

phénomène de *« tourisme de mémoire »*[85]. Le but est double : mieux comprendre le passé par la valorisation des sites liés aux conflits contemporains, tout en participant à l'enrichissement civique et culturel du public[86]. Mais outre l'utilisation de ces procédés relativement classiques, l'Etat bénéficie d'outils spécifiques auxquels les autres institutions n'ont en principe pas accès. En effet, la politique mémorielle officielle a cela de particulier qu'elle peut s'appuyer sur deux prérogatives de puissance publique que sont la définition du contenu des programmes scolaires, d'un côté, et l'édiction de la norme, de l'autre.

L'Ecole[87] est un lieu privilégié pour la réflexion mémorielle et une priorité des gouvernants : *« il est de notre devoir que, par delà l'Histoire, la mémoire demeure malgré tout vivante. C'est un devoir national, un devoir humain (...). L'École a pour mission l'enseignement de l'histoire (...) et également la transmission de la mémoire »*[88]. A cette fin, les professeurs des établissements primaires et secondaires sont invités à mettre en place des projets pédagogiques avec leurs élèves, à s'associer aux différentes manifestations publiques et à accorder une place aux échanges sur la mémoire des événements marquants de l'histoire nationale. L'organisation de voyages scolaires peut également entrer dans ce cadre et permettre une meilleure appréhension de ces épisodes, pour autant qu'un travail interdisciplinaire (histoire-géographie, littérature, philosophie,

---

85 A ce propos, Mylène LEENHARDT-SALVAN (sous la dir.), *Tourisme de mémoire*, Editions touristiques européennes, Coll. Cahiers espaces n° 80, 2003, 121p. ; Hervé GROUD, « Tourisme mémoriel : réflexions sur quelques modes de gestion », *Revue tourisme et Droit* n° 114, novembre 2009, pp. 29-31. D'aucuns relèvent les risques de dérive de cette pratique, en l'occurrence le développement d'un tourisme morbide ou *« tourisme noir »* (J. John LENNON et Malcolm FOLEY, *Dark tourism*, Londres, Continuum, 2000, 184p.). Pour qualifier cette seconde mutation, Pierre NORA parle de *« mémoire touristique »* et la décrit par une formule on ne peut plus claire : *« on est passé de Michelet à Michelin »* (cité par Alain FINKIELKRAUT, « La nouvelle immortalité », in Alain HOUZIAUX (sous la dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Ed. de l'Atelier, Coll. Questions de vie, 2006, pp. 114-115).

86 Explications du Ministère de la Défense disponibles **[en ligne]** sur le site http://www.defense.gouv.fr/site-memoire-et-patrimoine/memoire/tourisme-de-memoire-et-memoire-partagee/tourisme-de-memoire (consulté le 27 juin 2014).

87 A ce sujet, voir Sébastien LEDOUX, *Le « devoir de mémoire » à l'école – Essai d'écriture d'un nouveau romain national*, Sarrebrück, Editions universitaires européennes, 2011, 102p., en particulier pp. 62-83.

88 Extrait d'une note de service n° 2008-078 en date du 5 juin 2008, adressée à tous les membres de la communauté éducative à l'occasion du 90ème anniversaire de la fin de la Première Guerre mondiale par Jean-Louis NEMBRINI, directeur général de l'enseignement scolaire (*Bulletin officiel de l'Education nationale* n° 24, 12 juin 2008). La première phrase est reprise du discours de Nicolas SARKOZY aux Invalides le 17 mars 2008, à l'occasion de l'hommage rendu au dernier poilu décédé.

rencontres avec des rescapés) ait été réalisé en amont[89]. D'aucuns allégueront peut-être que les groupes intermédiaires – aussi bien les collectivités territoriales que les ensembles plus symboliques – sont en mesure de participer à cet effort d' « éducation à la mémoire », conjointement à l'institution étatique ou en dehors de celle-ci. En admettant une définition extensive de l'enseignement[90], la transmission de la mémoire par ce biais ne serait pas du ressort exclusif de l'Etat.

Toute autre est la prérogative normative qui ne relève que de la compétence des gouvernants. Bien qu'aucun *« monopole de la contrainte mémorielle »*[91] ne leur soit expressément accordé[92], ils édictent des règles juridiques valables pour l'ensemble du territoire, y compris dans le domaine de la mémoire.

- La mémoire et le droit des crimes

14. *« La mémoire doit nous interdire de, vous interdire de… La mémoire doit nous empêcher, vous empêcher de… La mémoire doit nous inciter, vous inciter à… »*[93]. Par ces quelques phrases incomplètes, Alfred Grosser indique que la mémoire fait désormais office de grille de lecture pour l'établissement de nouveaux codes de conduite. La remarque est transposable dans le domaine juridique et spécialement en matière pénale. Lorsque le législateur crée une journée de commémoration à la mémoire des victimes des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ou – peut-être plus surprenant – en souvenir de ces infractions elles-mêmes[94], l'objectif sous-jacent est de dissuader de la réitération de faits

---

89 Annette WIEVIORKA estime, à propos d'un déplacement scolaire à Auschwitz : *« il n'y a rien à voir à Auschwitz si on ne sait pas déjà ce qu'il y a à y voir (…). Le savoir, dans ce type de lieu, c'est celui que l'on apporte avec soi »*. Cf. Philippe BERNARD, « Entretien avec Annette Viewiorka, historienne », *Le Monde*, 26 janvier 2005.

90 Au sens large de transmission des connaissances, du savoir d'un individu à un autre, et non restrictivement, au sens d'activité, de profession de ceux qui enseignent (*Dictionnaire Larousse*, « Enseignement »).

91 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 5.

92 Ni dans les sociétés dites « ouvertes », ni dans les Etats totalitaires qui tentent, sans pouvoir y parvenir totalement, de contrôler les expressions publiques voire privées de la mémoire.

93 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 17.

94 Voir le décret n° 93-150 instituant une journée nationale commémorative des persécutions racistes et antisémites commises sous l'autorité de fait dite « gouvernement de l'Etat français » (1940-1944), en date du 3 février 1993 (*JORF*, 4 février 1993, p. 1902), dont l'intitulé a été rectifié par la suite par la loi

délictueux analogues. En ce sens, perpétuer le souvenir, c'est déjà agir sur le terrain de la politique criminelle : *« la mémoire [est] particulièrement importante non pour évoquer un deuil mais pour éviter de nouveaux deuils »*[95].

15. Au-delà, les corrélations – pour ne pas dire les « enchevêtrements » – qu'on peut établir entre la mémoire et le droit pénal éclairent les évolutions de ce dernier, singulièrement dans le domaine des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. La mémoire constitue ainsi un prisme permettant d'appréhender les transformations de la matière répressive. Concrètement, l'immixtion du mémoriel dans le juridique prend la forme de deux interactions[96] : le droit pénal est influencé par la mémoire ; le droit pénal protège la mémoire.

L'influence de la mémoire des crimes de la Seconde Guerre mondiale sur le traitement qui leur est réservé, tant substantiel que procédural, est tangible. La « résonance » juridique de la mémoire se traduit par la modification de préceptes, voire l'invention de nouveaux concepts, qui deviennent rapidement prépondérants dans les ordonnancements. Tel est le cas du crime contre l'humanité et du génocide, nés des suites du conflit puis codifiés et revêtus aujourd'hui de la qualification *« crimes des crimes »*[97]. Il en est de même de l'exception d'imprescriptibilité, introduite dans les législations modernes pour pallier les lacunes de la répression opérée après-guerre[98]. Citons encore l'essor contemporain du

---

n° 2000-644 du 10 juillet 2000 qui y a inclus la mention « et d'hommage aux « Justes » de France » (*JORF*, 11 juillet 2000, p. 10483).

95 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 200.

96 Selon Mark OSIEL, il existe une troisième interaction juridique mais non pénale, à travers la législation autorisant l'accès aux documents concernant des massacres passés (*Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, traduit de l'anglais par Jean-Luc FIDEL, Seuil, 2006, p. 31). Hors du champ de notre étude du droit répressif, il n'y sera fait référence que ponctuellement en cas de nécessité pour l'éclairage du raisonnement.

97 Henry-D. BOSLY et Damien VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 11. Cette expression a été utilisée pour la première fois dans l'arrêt Procureur c. Akayesu pour qualifier le génocide, rendu par le Tribunal pénal international pour le Rwanda le 2 octobre 1998 (affaire n° ICTR-96-4-T).

98 Soulignons que si la notion d'imprescriptibilité adossée aux crimes internationaux par nature est assurément une innovation, elle n'est pas en soi nouvelle dans l'histoire du droit français. En effet, l'Ancien droit antérieur au Code d'instruction criminelle de 1808 consacrait certaines infractions comme imprescriptibles, en particulier les atteintes graves au souverain et à l'Etat. Voir le Rapport n° 338 sur le

principe d'universalité du droit de punir[99] qui n'est sérieusement envisagé que depuis 1949[100], en raison de la rédaction des Conventions de Genève[101]. Des traités, permettant la répression d'actes dont le caractère transnational ou la nature politique entraînait auparavant l'impunité, avaient déjà été élaborés dès l'entre-deux guerres[102]. Mais depuis la capitulation allemande, la réflexion est décuplée, *« [nourrie] de l'idée que certains faits présentent une gravité qui porte atteinte à la communauté internationale par-delà leur commission nationale »*[103]. Preuve en est la multiplication d'instruments internationaux réclamant des Etats signataires qu'ils déclarent leurs juridictions compétentes pour poursuivre certaines infractions déterminées commises à l'étranger, par des étrangers, sur des étrangers[104].

---

régime des prescriptions civiles et pénales, Hyest Jean-Jacques, Portelli Hugues et Yung Richard, Commission des lois et mission d'information de la Commission des lois, 20 juin 2007, p. 14.

99 Pour une bibliographie complète sur ce principe, Layal ABOU DAHER, *La compétence universelle des juridictions nationales. Etude de droit comparé : Belgique, France, Liban*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 2010, 648p.

100 En dehors des hypothèses de piraterie pour lesquelles la compétence universelle a été admise par les Etats dès le début du XVIII^{ème} siècle (et en France avec la loi n° 1825-04-10 du 10 avril 1825, pour la sûreté de la navigation et du commerce maritime, articles 1 et 2), car elle n'empiète pas sur la souveraineté pénale des Etats : aucun autre titre de compétence ne trouve à s'appliquer en haute mer, vis-à-vis de navires pirates non immatriculés.

101 Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signées à Genève le 12 août 1949, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 205 et suivantes.

102 Nous retiendrons, en guise d'exemple, la convention internationale pour la répression du faux-monnayage, signée le 20 avril 1929 (disponible **[en ligne]** sur http://www.ue.espacejudiciaire.net/docs/688.PDF, consulté le 1er juillet 2014 ; voir également le décret n° 58-613 du 10 juillet 1958, *JORF*, 22 juillet 1958, p. 6785), qui prévoyait formellement un cas de compétence universelle en requérant des Etats parties qu'ils jugent des faits commis à l'extérieur de leur territoire par des individus de nationalité étrangère.

103 Didier REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, Coll. Précis, 2012, p. 94.

104 Pour des exemples, Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronef, 16 décembre 1970, *Nations-Unies*, *Recueil des Traités*, 1973, p. 111 ; Convention de New-York contre la prise d'otage, 17 décembre 1979, *Nations-Unies*, *Recueil des Traités*, 1983, p. 212 ; Convention de New-York contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, *Nations-Unies*, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 85 ; Convention de New-York pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 20 décembre 2006, *Nations-Unies*, *Recueil des Traités*, vol. 2715.

La seconde interaction tient à la protection de la mémoire par le droit pénal. Elle peut se définir comme une « inter-pénétration » de la mémoire dans le droit et inversement. La mémoire est désormais une valeur sauvegardée au moyen d'interdits dont la violation est sanctionnée d'une peine. Après avoir été défendue par les associations de survivants et descendants d'acteurs du conflit, martelée par les médias et les hommes politiques de tous bords, elle investit le champ juridique *via* des infractions telles l'apologie de crime ou encore le négationnisme. Ce phénomène est particulièrement palpable s'agissant de la mémoire des crimes contre l'humanité qui pousse à l'élaboration de textes nouveaux, dans le but de sanctionner sévèrement ce que nous qualifions d' « offenses à caractère discriminatoire ». On entend par cette expression non seulement les comportements délictuels racistes mais également les propos et écrits de réfutation de l'existence et/ou de l'ampleur de ces actes, qui tendent à stigmatiser un groupe de population comme falsificateur de la réalité. Dans le même temps, le droit s'immisce sur le terrain de la mémoire, en prescrivant, d'une certaine manière, ce que l'on peut ou ne peut dire à propos de ce qui s'est passé. Par conséquent, on observe désormais une certaine interdépendance de la mémoire et du droit pénal, que beaucoup fustigent comme étant liberticide et, par là, illégitime.

- En Allemagne fédérale et en France

16. Partout dans le monde, de nombreux écrits, dans de nombreuses disciplines, ont été produits tant sur la constitution et l'évolution de la mémoire que sur leurs liens avec les règles du droit pénal. Il nous a paru intéressant de reprendre ces problématiques en comparant deux Etats, l'Allemagne fédérale et la France, que, selon les points de vue et les époques, tout sépare et tout rassemble. Les deux ont participé activement à la Seconde Guerre mondiale, en ont subi le traumatisme et vécu les effets pendant des décennies. Les deux en ont tiré des leçons pour l'avenir. A l'heure actuelle, ils travaillent ensemble à la construction de l'Europe et à la lutte contre la criminalité, notamment par leur collaboration avec les juridictions pénales internationales. Néanmoins, si les deux droits évoluent globalement vers une meilleure pénalisation des crimes de masse et une protection de la mémoire des victimes de ces crimes, les changements ne se font pas au

même tempo. Pour le comprendre, il faudra tenir compte de l'évolution historique et politique de chaque pays[105].

17. L'Allemagne capitule le 8 mai 1945. Le pays est divisé en quatre secteurs occupés par les Etats-Unis, la France, la Grande-Bretagne et l'Union soviétique qui entendent empêcher la réapparition du totalitarisme criminel en confisquant, temporairement, la souveraineté nationale[106]. En plus d'une politique de dénazification et de rééducation des Allemands à la démocratie, des procédures sont initiées, la plupart à l'encontre de criminels de guerre. Elles s'exercent, dans chaque zone, sous la tutelle alliée.

Avec les prémisses de la Guerre froide, les relations entre les trois puissances occidentales et l'U.R.S.S. se dégradent. D'un côté, on craint une « soviétisation » de l'Europe ; de l'autre, on se sent menacé par les Etats-Unis, seul détenteur de l'arme atomique. Cette défiance mutuelle aboutit à la séparation des deux Allemagnes. A l'ouest, la République fédérale[107] se dote de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*[108] qui entre en vigueur le 23 mai 1949 et dont l'article 102 abolit la peine capitale. Sur sa lancée, elle donne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

---

105 Pour une chronologie complète, voir les annexes n° I. a. pour la France et n° I. b. pour l'Allemagne. Les tableaux thématiques par pays permettent de relater, année par année, les réalisations majeures à la fois juridiques (procédures engagées, signature et ratification des conventions internationales, droit pénal d'incrimination et procédure pénale, lois d'indemnisation des victimes, protection de la mémoire par le droit pénal) et extrajuridiques (commémorations, œuvres culturelles, discours politiques, etc.) qui touchent aux crimes de guerre et contre l'humanité.

106 C'est l'avis de nombreux auteurs français comme allemands. Pour des exemples, Georges HUBRECHT, « Le statut d'occupation de l'Allemagne occidentale », *R.I.D.C.* n° 4, vol. 1, octobre-décembre 1949, p. 418 ; Jean CUNY, *La capitulation sans conditions de l'Allemagne et ses précédents historiques*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1946, Berlin, Imprimerie nationale, 1947, 70p. ; Michel VIRALLY, *L'administration internationale de l'Allemagne, du 8 mai 1945 au 24 avril 1947*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1947, Ed. Pedone, 1948, 180p. ; Hans PETERS, *Deutscher Föderalismus*, Cologne, Bachem Verlag, 1947, 94p.

107 Ci-après R.F.A.

108 Aussi appelée *Bonner Grundgesetz* (Loi Fondamentale de Bonn) ou parfois *Bonner Verfassung* (Constitution de Bonn), en référence à la ville de son adoption et qui fut la capitale de la R.F.A. Le terme *« Grundgesetz »* n'est pas anodin. On parle plutôt de « Loi Fondamentale » que de « Constitution » à l'époque pour insister sur le caractère transitoire de ces dispositions dans le contexte de division du pays.

fondamentales (Convention EDH) valeur de loi fédérale dès 1952[109]. A l'est, la constitution de la République démocratique[110] est promulguée le 7 octobre 1949[111]. Mais l'instabilité règne dans cette partie du pays. Quotas de production industrielle excessifs, pression gouvernementale, exode des travailleurs, émeutes réprimées avec violence : on doute de la pérennité du nouvel Etat. En fin de compte, la fermeture des frontières est décidée ; à Berlin, le mur est édifié à partir du 13 août 1961.

La R.F.A. est la seule des deux Allemagnes à engager un *« travail d'examen interne de sa conscience »*[112], une fois la pleine souveraineté retrouvée[113][114]. Cette entreprise passe par l'indemnisation des victimes et la création, en 1958, d'un service dédié à la recherche

---

109 *Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, du 7 août 1952 (*BGBl*, 1952, II, p. 685).

110 Ci-après R.D.A.

111 *Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik*, *Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik*, 1949, II, pp. 5-16.

112 Arnault LECLERC, « Mémoires et politiques de la reconnaissance », op. cit., p. 248.

113 Il était prévu que la souveraineté serait rendue à la R.F.A. lorsque les Alliés seraient assurés de son caractère démocratique. La signature le 29 novembre 1949 de l'Accord de Petersberg (*Petersberger Abkommen*, *Nations-Unies, Recueil des Traités*, vol. 185, p. 309) est un premier pas dans ce sens. Entres autres mesures, il met fin aux démontages des industries et autorise les relations consulaires avec d'autres États. Mais ce n'est qu'avec la Convention de Bonn sur les relations entre les Trois puissances et la R.F.A., en date du 26 mai 1952 (*BGBl*, 1955, II, p. 303), que l'Allemagne fédérale est totalement libérée de l'occupation alliée.

114 Cet élément est une première justification pour exclure le droit de la R.D.A. de notre comparaison. La deuxième est empirique, tirée du constat de l'inaccessibilité de la documentation sur le sujet. Les archives de la période post-conflictuelle au début des années 1990 sont d'un abord difficile, y compris dans les bibliothèques allemandes, et rares sont les communications à ce propos**.** Relevons tout de même quelques écrits sur la mémoire des victimes de la Seconde Guerre mondiale en R.D.A. et plus largement en U.R.S.S. : Antonella SALOMONIE, *L'Union soviétique et la Shoah*, La Découverte, 2008, 342p. ; Martine BENOIT, « La mémoire d'Auschwitz en R.D.A. », in Carola HÄHNEL-MESNARD, Marie LIENARD-YETERIAN, Cristina MARINAS (sous la dir.), *Culture et mémoire : représentations contemporaines de la mémoire dans les espaces mémoriels, les arts du visuel, la littérature et le théâtre*, Ed. Ecole polytechnique, 2008, p. 317 et suivantes ; Annie EPELBOIN et Assia KOVRIGUINA, *La littérature des ravins. Ecrire sur la Shoah en U.R.S.S.*, Robert Laffont, 2013, 294p. ; Laure BILLON, « La R.D.A. face au génocide juif ou la Shoah sous silence », disponible **[en ligne]** sur http://chs.univ-paris1.fr/genocides_et_politiques_memorielles/RDA.pdf (consulté le 7 juillet 2014). Par ailleurs, quelques éléments relatifs à la répression des crimes par la R.D.A. sont fournis dans des ouvrages plus généralistes sur l'Allemagne, notamment Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, L.G.D.J., 1960, 514p. ; Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, traduit de l'allemand par Olivier MANNONI, Ed. Odile Jacob, 1998, 353p.

des criminels nazis[115]. Dans la même logique, le génocide et les autres « crimes de sang » sont déclarés imprescriptibles, respectivement en 1954 et 1979. De nombreux procès ont lieu, des centaines d'auteurs, principalement membres du personnel des camps, sont condamnés. Malgré tout, le bilan pénal est mitigé et la plupart des détenus sont libérés voire réhabilités bien avant la fin de leur peine.

La réunification est loin de clore le processus. Au contraire, en 1994, l'Allemagne fédérale[116] décide de sanctionner les propos réfutant l'Holocauste, comme l'y incite le droit européen. Elle adopte également, en 2002, un Code de droit pénal international qui, dans la droite ligne des prescriptions de la justice pénale internationale, réprime fermement les infractions de guerre et contre l'humanité (compétence universelle, imprescriptibilité de toutes les infractions visées). A l'heure actuelle, des procédures sont toujours en cours à l'encontre de criminels de la Seconde Guerre mondiale.

18. La France fait partie des quatre puissances qui exercent la juridiction pénale à Nuremberg en 1945-1946. Elle intègre également le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations-Unies (O.N.U.), en tant que membre permanent[117], dès sa première réunion du 17 janvier 1946. Dans le même temps, le Gouvernement provisoire de la République française est établi d'abord à Alger puis à Paris. Une loi constitutionnelle en date du 2 novembre 1945[118] fonde et organise le nouveau régime républicain. Des textes pénaux sont

---

115 La *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung national-sozialisticher Verbrechen* (Office central de recherche des criminels de guerre) sise à Ludwigsbourg.

116 L'expression « *Bundesrepublik Deutschland* » est le nom officiel de l'Etat germanique depuis 1990, qu'il tire du régime politique applicable à l'ensemble du territoire. L'Allemagne réunifiée se compose d'un niveau centralisé appelé « fédération » et de seize niveaux régionaux dits « *Länder* ». La *Grundgesetz* de 1949, amendée pour s'appliquer à tous les Allemands, répartit les attributions entre ces différents niveaux.

117 Aux côtés des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'U.R.S.S. et de la République de Chine. A l'époque, ces cinq Etats et leurs colonies représentent la majorité de la population mondiale, chacun à peu près à égalité. La composition permanente du Conseil de sécurité n'a subi qu'une seule modification, en 1971, lorsque l'Assemblée générale a évincé les représentants de la République de Chine (aujourd'hui Taïwan) au profit de ceux de la République populaire de Chine. En revanche, la dissolution de l'Union soviétique au début des années 1990 n'a pas eu de conséquence substantielle, la « Fédération de Russie » lui ayant succédé dans ses fonctions onusiennes à compter de janvier 1992.

118 Loi du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics, *JORF*, 3 novembre 1945, p. 7159. Ce texte, qui n'abroge pas les lois constitutionnelles de 1875, fondement de la III^{ème}

aussi adoptés et des cours et tribunaux spéciaux, mis en place, afin de traiter le contentieux de la guerre. C'est la période de l'Epuration. Il convient de sanctionner les combattants ennemis, les envahisseurs, les traîtres. Peu de place est faite à la pénalisation des infractions à connotation raciste.

Près de vingt ans vont passer sans que ces infractions ne soient vraiment abordées par le droit français jusqu'à l'adoption, en plein débat sur la décolonisation en Algérie, de la loi du 26 décembre 1964 constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Signature de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, colère nationale face aux discours réfutant la barbarie nazie, grands procès symboliques retranscrits à la télévision : les décennies 1970-1980 sont celles de la résurgence de la mémoire de la communauté juive. Parallèlement, la France, qui a ratifié en mai 1974[119] la Convention EDH, abolit la peine de mort en 1981[120] et ouvre le droit au recours individuel devant la Cour de Strasbourg l'année suivante.

L'entrée en vigueur de la loi dite « Gayssot » en 1990 et celle du nouveau code pénal en 1994 complètent le dispositif. Génocide et crimes contre l'humanité sont désormais définis en droit interne, ainsi que la négation de l'existence ou de l'ampleur de la Shoah. Il ne reste plus qu'à participer à l'effort de répression internationale, par la collaboration avec les juridictions instaurées dans ce but, tribunaux pénaux *ad hoc* et Cour pénale internationale. La création d'une certaine forme de compétence extraterritoriale pour les infractions internationales par nature s'ancre dans cette démarche, tout comme l'introduction des crimes et délits de guerre dans l'ordonnancement français en 2010, bien qu'ils restent soumis à la prescription.

19. On le pressent, les mouvements qui peuvent être observés en R.F.A et en France depuis la fin du conflit sont loin d'être en tout similaires. Il existe de nombreux points de

---

République, pourvoit à l'organisation des institutions de l'Etat à court terme en attendant la rédaction et l'adoption de la future constitution, qui sera adoptée le 27 octobre de l'année suivante.

119 Autorisation de ratification donnée par le Parlement par la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1974 (*JORF*, 3 janvier 1974, p. 67), soit plus de vingt ans après l'entrée en vigueur de la Convention.

120 Loi n° 81-908 portant abolition de la peine de mort, en date du 9 octobre 1981 (*JORF*, 10 octobre 1981, p. 2759).

« non-correspondance » et de « non-confluence » : les postures adoptées ne sont pas toujours identiques, les orientations décidées ne vont pas toujours dans la même direction. Si les divergences notables entre les systèmes juridiques en 1945 sont compréhensibles étant donné les circonstances, la persistance d'attitudes dissemblables soixante-dix ans plus tard interpelle. On peut s'interroger sur les justifications et surtout les conséquences de tels choix. Les deux Etats, considérés comme des « alliés », des « moteurs » de l'axe économique et politique européen depuis les années 1960, ne sanctionnent pas de la même façon les crimes internationaux les plus graves. Bien qu'ils connaissent aujourd'hui formellement des catégories infractionnelles comparables, la répression qui s'y applique est visiblement inégale. Et s'il est vrai qu'ils accordent tous les deux une protection à la mémoire des victimes par la voie pénale, il reste à déterminer son étendue et ses conditions de mise en œuvre qui ne sont peut-être pas – ou pas totalement – équivalentes. En définitive, eu égard à ces considérations, y aurait-il un droit plus convaincant que l'autre ?

- Sources et méthode

20. Pour réaliser la double confrontation choisie – mémoire et droit pénal, Allemagne fédérale et France –, il convient d'adopter une démarche à la fois transdisciplinaire et comparative, ce qui nécessite quelques précisions quant aux méthodes et sources utilisées dans la recherche.

21. Les juristes n'ont que très récemment travaillé les questions mémorielles[121], à l'inverse des sociologues, des historiens et des politologues. L'approfondissement des imbrications de la mémoire et du droit criminel implique donc la transdisciplinarité. Les ouvrages de Karl Jaspers, Alfred Grosser, Henry Rousso, Pierre Nora, Johann Michel, Peter Reichel, entre autres, sont indispensables à la compréhension des contingences de nature à expliquer les mutations du droit répressif depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Nous emprunterons beaucoup à ces auteurs parce que certaines de leurs

121 Ces questions ne suscitent réellement l'intérêt de la doctrine que depuis quelques années, notamment en raison de l'émergence et du développement des lois dites « mémorielles ».

conclusions et le vocabulaire très précis qu'ils emploient éclairent particulièrement la problématique.

De surcroît, on ne peut faire l'économie d'une documentation a-scientifique – et *a fortiori* « a-juridique » – composée de témoignages personnels, d'articles dans la presse ou édités sur Internet, de reportages audiovisuels, de discours politiques, d'écrits négationnistes, etc. La pluralité des sources et leur transversalité permettent en effet de brosser un tableau significatif de l'importance du concept de mémoire dans nos sociétés et des multiples polémiques que son immixtion dans le domaine juridique entraîne, non seulement chez les experts mais aussi, plus largement, au sein de la population.

22. Comparer consiste fondamentalement à étudier les points communs et différences qui existent entre deux ou plusieurs droits nationaux[122]. Comme le rappelle Olivier Moréteau, *« il y a autant d'approches que de comparatistes »*[123]. L'essentiel est de ne pas se limiter aux textes et à la jurisprudence ; l'histoire, la culture et la structure juridiques de chaque pays sont également primordiales pour expliquer et apprécier les éventuelles variations entre les systèmes. En l'occurrence, les dispositifs répressifs allemand et français paraissent *a priori* relativement proches puisqu'ils sont issus d'une même tradition de droit romano-germanique. Et quoique l'organisation politique des deux Etats diffère – fédéralisme en Allemagne[124], gouvernement unitaire en France –, les règles principales de la législation répressive relèvent, de part et d'autre du Rhin, des plus hautes autorités[125].

---

122 Marc ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Ides et Calendes, Coll. Universitas neocomensis helvetiorum, 1971, p. 31.

123 Olivier MORETEAU, « Conclusions générales », in Jean DU BOIS DE GAUDUSSON (sous la dir.), *Le devenir du droit comparé en France*, Actes de la Journée d'études organisée par le Groupement de droit comparé, Université Lyon III, 23 juin 2004, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 220.

124 La R.F.A. de 1949 se composait d'un niveau centralisé et de 11 *Länders* institués sous l'égide des Alliés occidentaux. Depuis la réunification en 1990, ils sont au nombre de 16.

125 La *Gundgesetz*, qui envisage une compétence pénale concurrente de la fédération et des *Länders* (art. 74 §1), affirme la primauté du droit fédéral (art. 31). Les dispositions adoptées par l'administration d'un *Land* ne sont maintenues en vigueur qu'à condition de ne pas intervenir dans un domaine totalement réglementé par la législation nationale, ce qui est le cas de toutes les matières importantes. Elles sont donc cantonnées aux affaires locales et régionales.

Par suite, c'est ailleurs, ou peut-être davantage en profondeur, qu'il faudra aller trouver les raisons des dissemblances remarquables concernant le droit des crimes de masse et la prise en compte de leur mémoire.

Cela étant, la question des textes est déjà, en elle-même, une difficulté. *« D'une manière générale, le droit allemand est très (trop) peu connu des lecteurs francophones non germanistes*[126]*. Quant au droit pénal allemand, de fond comme de forme, il s'agit certainement de la branche du droit allemand la moins accessible en langue française, tout au moins si l'on en juge au seul nombre d'ouvrages qui y sont consacrés : les traductions des textes de loi sont rares et les ouvrages, en français, sur le droit pénal allemand sont fort peu nombreux »*[127]. Ce constat, dressé en 2002, peut certainement l'être encore en 2014 mais il convient de le nuancer. Si une grande part de la documentation utile n'est de toute évidence accessible qu'en Allemagne[128], les ouvrages généraux disponibles sur le territoire français permettent tout de même une première vue d'ensemble[129]. Par ailleurs,

---

126 Du même avis, Michel FROMONT et Pierre CHENUT, *Le droit allemand en langue française*, Travaux et documents du C.I.R.A.C. n° 14, 1990, Avant-propos, p. III ; Eric MATHIAS, « Le droit criminel dans la science juridique française », in Olivier BEAUD et Erk Volkmar HEYEN (sous la dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen – Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, p. 303 et suivantes.

127 Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Eric MATHIAS, Xavier PIN et Julien WALTHER, et al., « Chronique de droit pénal allemand », *R.I.D.P.* 2002/3, vol. 73, p. 1229.

128 Beaucoup de ressources sont contenues dans les rayonnages du *Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Institut de droit pénal étranger et international Max Planck) de Fribourg-en-Brisgau. Des informations inédites peuvent également être recueillies auprès des responsables de l'Office central de recherche des criminels de guerre de Ludwigsbourg. De plus, ses locaux accueillent une exposition permanente et, depuis 2000, le centre d'archives fédérales (*Bundesarchiv*) sur les crimes commis sous le régime national-socialiste, dont les documents peuvent être visualisés par les visiteurs sur habilitation. Enfin, les lieux de massacres et de mémoire apportent des renseignements complémentaires.

Encore faut-il prendre garde aux traditionnelles mais non moins périlleuses embûches de la langue. Par commodité, nous proposerons des traductions tout en conservant à l'esprit que *« la traduction transfère le sens d'une langue dans une autre ou d'une culture dans une autre, sans en donner cependant l'identité, mais en offrant seulement l'équivalent »* (Paul RICOEUR, « Cultures, du deuil à la traduction », *Le Monde*, 25 mai 2004).

129 Pour des manuels en français, Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand (République fédérale),* Tome II – Droit public, Droit pénal, précité ; Ellen SCHLÜCHTER, Procédure pénale allemande, traduit de l'allemand par Eric MATHIAS, Franckfurt-am-Main, EuWi Verlag, 2002, 240p. ; Philippe GRECIANO et Michal JACOWCZYK, *Introduction au droit pénal et à la procédure pénale allemands*, Nanterre, Publidix, Coll. Allemand juridique, 2005, 203p. Pour des manuels en langue étrangère, Karl Edmund HEMMER, Achim WÜST, Bernd BERBERICH, *Strafprozessrecht*, Wurzbourg, Hemmer/Wüst, 9ème éd., 2010, 192p. ; Michael BOLANDER, *Principles of German criminal procedure*,

sont publiés sur Internet des textes officiels traduits en français[130] ou en anglais[131], ainsi que la jurisprudence contemporaine et certains commentaires en allemand. Enfin, on ne peut nier un regain d'intérêt doctrinal pour la matière depuis une vingtaine d'années. Nous nous appuierons notamment sur les travaux de Jocelyne Leblois-Happe, Juliette Lelieur, Claire Saas, Julien Walther ou encore Thomas Weigend, qui attestent de la volonté de ces auteurs de *« renouer un dialogue trop longtemps interrompu »*[132].

23. Cumuler dans une même recherche deux démarches était peut-être ambitieux mais la rencontre des approches transdisciplinaire et comparative constitue, à nos yeux, *« un formidable tremplin vers une compréhension élargie de soi et d'autrui »*[133]. D'une manière générale, elle permet de développer la connaissance sur un droit étranger et de pointer, par contraste, les potentiels points de vigilance et d'amélioration du droit français. Plus spécifiquement, elle donne lieu à la production de quelques éléments nouveaux sur les liens qu'entretiennent la mémoire et le droit répressif, en tout cas dans le domaine des crimes de guerre et contre l'humanité qui ont fait de la Seconde Guerre mondiale l'évènement le plus sanglant de l'histoire.

Oxford, Hart Publishing, 2012, 306p. ; Rudolf RENGIER, *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, Munich, C.H. Beck Verlag, 5ème éd., 2013, 587p. ; *Strafrecht Besonderer – Teil I : Vermögensdelikte*, Munich, C.H. Beck Verlag, 16ème éd., 2014, 472p. ; *Strafrecht Besonderer – Teil II : Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, Munich, C.H. Beck Verlag, 15ème éd., 2014, 570p. Ajoutons également la Thèse de doctorat en Droit de Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, *Quelle réponse à la petite délinquance ? Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, publiée aux Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 2 tomes, qui contient une présentation synthétique de la procédure pénale et du droit pénal général allemands (annexes VII et VIII).

130 La Loi Fondamentale du 23 mai 1949 est accessible en version française **[en ligne]**, sur http://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf (consulté le 3 juillet 2014).

131 Le fond documentaire mis en ligne sur le site de la Cour pénale internationale contient notamment le code criminel allemand (mise à jour juillet 2009), le code de droit pénal international et les lois de coopération avec la Cour.

132 Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Eric MATHIAS, Xavier PIN et Julien WALTHER, et al., « Chronique de droit pénal allemand », op. cit., p. 1230.

133 Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée – Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2010, p. 28.

- Hypothèses et plan

24. L'objet de notre travail est de démontrer l'existence et l'importance de tels liens qui se manifestent sous deux formes : la construction de la mémoire pèse sur les mutations juridiques pénales ; l'Etat, enclin à développer des politiques mémorielles, utilise le droit criminel à cette fin. Dans cette optique, l'examen des attitudes françaises et allemandes conduit à dégager deux hypothèses, distinctes mais tout à fait complémentaires. Nous qualifions la première de « statutaire » parce qu'elle se fonde sur l'idée que les situations respectives de vainqueur et vaincu, évidentes à la sortie du conflit, ont marqué durablement les Etats et leurs positionnements politiques et juridiques. Nous qualifions la seconde de « générationnelle », le repérage des générations qui se sont succédé depuis la guerre expliquant les principales évolutions.

25. *« L'histoire est toujours présente dans le subconscient des Allemands »*[134]. Cette observation suggère que le rôle de l'Allemagne dans la Seconde Guerre mondiale et le sort qui lui a été réservé à sa fin ont une incidence sur les décisions prises par les gouvernants consécutifs. Et ce qui est valable d'un côté du Rhin semble l'être également de l'autre. Le « statut » de chaque pays apparaît crucial au moment de décrire les corrélations entre la mémoire et le droit pénal.

La mémoire, *« interprétation de l'expérience vécue »*[135] par reconstruction collective, ne peut être détachée de la perception que la société ou le groupe envisagé a des crimes en cause et de leurs suites. Les politiques mémorielles déployées, utilisant la norme répressive comme mode d'action, sont alors directement influencées par la place « dévolue » à chacun, ou à tout le moins, par celle que chacun pense avoir aux yeux du monde. Le vainqueur n'a rien à prouver, sa victoire est suffisante ; à l'inverse, le vaincu se doit de faire amende honorable, de donner de lui l'image d'un Etat volontaire, tendant à l'exemplarité. Ainsi, à l'examen des mutations conjointes de part et d'autre du Rhin, se

---

134 Propos du professeur de sciences politiques spécialisé dans la civilisation allemande contemporaine Hans Stark dans une interview de Jacques-Hubert RODIER, « L'Allemagne est de retour sur la scène diplomatique », *Les Echos*, 18 février 2014.

135 Shmuel TRIGANO, « « Abus de mémoire » et « concurrence des victimes » – une dépolitisation des problèmes », *Controverses* n° 2, juin 2006, p. 40.

forge la conviction que l'intégration du passé traumatique et les conséquences identitaires qu'il induit, éclairent les orientations divergentes voire contradictoires qu'on peut constater. Les postures adoptées depuis 1945 s'expliquent par la vision que l'on a de chaque belligérant à l'issue de la guerre. Les réticences et les retards à légiférer, à poursuivre, les silences entourant certains évènements, ou au contraire l'empressement, la diligence à intervenir dans tel ou tel domaine, en sont les manifestations visibles.

D'ailleurs, le statut vainqueur-vaincu est d'une telle prégnance que, nous le soutenons, il « impacte » encore aujourd'hui, soixante-dix ans après, les choix opérés dans les deux pays. Alors que se bâtit la justice pénale internationale, on peut dire, sans excès *« d'altruisme juridique »*[136], que l'ordonnancement allemand semble plus abouti et plus solide.

26. *« Le travail de mémoire doit se mesurer à l'aune de chaque époque et de chaque génération. Une génération veut oublier, l'autre veut savoir »*[137], ce qui se répercute sur le droit des crimes de guerre et contre l'humanité. En effet, chaque génération, porteuse d'une mémoire spécifique, impulse un nouveau mouvement en la matière.

Bien sûr, à chaque environnement théorique son usage du mot « génération » de sorte qu'il est impossible d'en donner une signification unitaire, inévitablement réductrice, sous peine d'en neutraliser toute la richesse[138]. Nonobstant, pour les besoins de notre recherche, nous prendrons appui sur l'acception retenue par la discipline historique qui voit dans les

---

136 Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée – Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, op. cit., p. 28.

137 Jean-Paul JEAN, « Crimes contre l'humanité : les décisions des juridictions françaises », in Pierre TRUCHE (sous la dir.), *Juger les crimes contre l'humanité : 20 ans après le procès Barbie*, E.N.S. Editions, 2009, p. 88.

138 Selon Claudine ATTIAS-DONFUT, *« l'idée de génération connote le temps et plus particulièrement le temps social, mais elle évoque aussi bien d'autres choses et sa polysémie en fait trop souvent une notion confuse »* (« La notion de génération – Usages sociaux et concept sociologique », Dossier « Le temps et la mémoire aujourd'hui », *L'Homme et la société* n° 90, 1988, p. 36 ; cet article reprend les éléments développés par l'auteur dans son ouvrage *Sociologie des générations. L'empreinte du temps*, P.U.F., Coll. Le Sociologue, 1988, 249p.).

générations un outil servant à mesurer le temps et à en comprendre les mouvements[139]. Elles doivent être envisagées au regard de leur capacité à agir sur les systèmes de connaissance et au travers des mouvements sociaux, intellectuels ou spirituels qui en sont caractéristiques[140]. D'une part, la génération est *« associée à des modes de pensée, des mentalités, des savoirs ou des états d'esprit qui la spécifient »*[141]. En effet, éprouver une expérience commune contribue à fixer des attitudes idéologiques et/ou des positions culturelles partagées. D'autre part, la génération se définit par la conscience qu'elle a de vivre dans une temporalité la différenciant de ses prédécesseurs. Elle naît et se développe « contre » la génération antérieure qui lui sert de point négatif de référence[142]. En somme, chaque génération se structure autour d'un élément qui la singularise par rapport à la précédente.

Replacée dans le contexte de la mémoire des crimes de la Seconde Guerre mondiale, la notion de génération prend tout son sens. Depuis la fin du conflit, chaque génération s'est caractérisée par un mode de pensée propre, induit par les évènements spécifiques auxquels elle a eu à faire face. Elle s'est construite une représentation collective du passé, prenant plus ou moins de recul avec celle forgée par la génération antérieure. Nous soutenons que,

---

139 *« Le rythme du progrès social découle du rythme du renouvellement des générations et le progrès lui-même, du caractère continu et graduel du renouvellement des hommes qui permet l'action de chaque génération sur celle qui la suit. »* Thèse d'Auguste COMTE, *Cours de philosophie positive*, Tome IV, leçon 51, reprise par Claudine ATTIAS-DONFUT, « La notion de génération – Usages sociaux et concept sociologique », op. cit., p. 38.

140 Il convient de souligner ici la théorie singulière de Karl MANNHEIM qui ajoute, dans une démarche plus sociologique, qu'une génération démographique ne devient effective qu'à la faveur d'une déstabilisation sociale. Elle n'acquiert donc d'existence sociale que dans sa coïncidence avec une période de changement. Cf. *Le problème des générations*, traduit de l'allemand par Gérard MAUGER et Nia PERIVOLAROPOULOU, Armand Colin, 2011, pp. 84-87.

141 Claudine ATTIAS-DONFUT, « La notion de génération – Usages sociaux et concept sociologique », op. cit., p. 46. Partageant cette opinion, Thierry PECH, « Les mots des générations », *Alternatives Economiques*, Hors-série n° 85 – Générations, avril 2010, **[en ligne]**. Disponible sur www.alternatives-economiques.fr/les-mots-des-generations_fr_art_923_49096.html (consulté le 24 juillet 2014). Dans le langage courant, on a coutume de qualifier les générations principalement au regard de manifestations qui leur sont attribuées : styles de vie (par exemple les hippies) ou épisodes historiques remarquables (la Grande Guerre, la Grande dépression, les Trente Glorieuses, mai 1968).

142 Claudine ATTIAS-DONFUT, Ibidem, p. 50.

de ces *« phénomènes générationnels »*[143], découlent les transformations des politiques criminelles développées autour des infractions internationales par nature.

27. Se pose alors la question centrale des « frontières » d'une génération. Quel laps de temps sépare une génération d'une autre ? Aucun consensus définitif, certains estiment même impossible de fixer de telles données de façon *« quantitative »* et finalement *« mathématique »*[144]. Nous retiendrons toutefois la conception majoritaire selon laquelle le « temps de génération » – c'est-à-dire l'intervalle entre deux générations – équivaut *grosso modo* au cycle biologique de renouvellement d'une population adulte, soit vingt-cinq à trente ans. Ainsi peut-on déterminer trois générations, substance de cette hypothèse.

Les deux premières peuvent être abordées ensemble car elles sont marquées par un élément objectif qui les rapproche : l'une comme l'autre ont à « traiter » le contentieux de la Seconde Guerre mondiale, le terme « traitement » renvoyant à notre sens à l'idée de processus global qui prend source au moment où on aborde la question et se termine par l'obtention d'un certain résultat, même reprochable. La première génération (1940-1965) a vécu la guerre, qui l'a fortement marquée. Les interrogations qu'elle prétend résoudre tournent autour de la recherche des responsabilités dans le déclenchement du conflit et son terrible bilan. Mais il convient également de reconstruire ce qui a été dévasté. L'entreprise est immense et constitue, dans les deux Etats, une problématique majeure au cœur des préoccupations. Pour ce qui est de la deuxième génération (1965-1990), les individus qui la composent sont nés dans les années 1940 et ne connaissent véritablement le conflit que par le biais des récits qui en ont été faits : souvenirs de famille, discours politiques, premiers procès, etc. Ils manifestent rapidement la volonté de sortir de ce « carcan », souhaitant une « relecture » du passé traumatique afin que soit adoptée une vision plus juste car plus

---

143 Ibidem, p. 89. On parle parfois d' *« effets de génération »*, cette expression faisant référence à l'influence de l'histoire propre à chaque génération pour expliquer les caractéristiques différentes. Voir Madeleine Madeleine GRAWITZ, *Lexique des sciences sociales*, 8ème éd., Dalloz, 2004, « Génération ».

144 Ces termes sont empruntés à Karl MANNHEIM, *Le problème des générations*, op. cit. p. 45. La démarche quantitative est par exemple rejetée par l'allemand Wilhelm DILTHEY qui privilégie une approche qualitative, *« romantique historique »* (Claudine ATTIAS-DONFUT, « La notion de génération – Usages sociaux et concept sociologique », op. cit., p. 50). Il s'oppose aux théories libérales qui consistent à considérer le renouvellement des générations comme facteur de progrès et estime que le problème des générations est *« celui d'un temps intérieur (...) non mesurable »* (Ibidem, p. 52).

distanciée du conflit. Dans les deux cas, les attentes sont partiellement déçues et la réponse pénale donnée, insatisfaisante.

La troisième génération a débuté avec la décennie 1990 et nous en sommes à la fin. Il ne s'agit plus[145] de gérer les problèmes nés du conflit – d'ailleurs, la plupart des acteurs et des témoins ont disparu – mais d'en tirer les « prolongements » pour l'avenir. On ne se contente pas d'assimiler l'héritage de la Seconde Guerre mondiale ; on essaie, avec plus ou moins de bonne volonté, d'appliquer les enseignements du passé, de les concrétiser, de faire progresser les droits internes. C'est pourquoi, conformément aux tendances internationales, les deux Etats instaurent de nouvelles normes et améliorent les dispositions existantes, qu'elles soient « répressives » des infractions de guerre et contre l'humanité ou « protectrices » de la mémoire de ces crimes.

28. A ne retenir que l'approche statutaire, les ordonnancements juridiques français et allemand seraient en perpétuelle contradiction. A ne retenir que l'approche générationnelle, ils tendraient plutôt, à l'inverse, vers l'harmonisation. C'est par le croisement des deux hypothèses que nous tenterons d'appréhender, d'analyser et d'expliquer les interactions parfois complexes, souvent confuses, entre la mémoire et le droit des crimes de masse. Pour rendre compte de l'importance du statut de chaque Etat à la sortie du conflit dans les évolutions visibles sur la période – historiquement assez courte mais juridiquement « mouvementée » – de 1945 à nos jours, nous suivrons les deux grands axes chronologiques précédemment mis en lumière : le traitement des crimes de la Seconde Guerre mondiale (Partie I) par les deux premières générations post-conflit et les prolongements en droit contemporain (Partie II).

---

145 Ou quasiment plus, puisque quelques procédures engagées à l'encontre de criminels nazis sont encore en cours en Allemagne.

PARTIE I.

TRAITEMENT DES CRIMES DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE

« La réconciliation commence où s'arrête le refoulement, et le secret de la réconciliation s'appelle le souvenir. »[146]

29. 1945 : une guerre sans précédent prend fin, qui plonge le monde et l'Europe en particulier dans le désarroi. Les territoires sont ravagés. Tout ou presque est à rebâtir. Et au-delà de la ruine matérielle, il faut aussi penser à la « reconstruction morale ». Au fur et à mesure que les territoires sont libérés, on découvre l'ampleur et l'atrocité des crimes commis : villages rasés, charniers humains, fours crématoires, etc. L'inimaginable s'est produit. Ce conflit mondial est et restera une véritable *« référence dans l'horreur »*[147], qu'il convient de condamner universellement pour permettre une réconciliation pérenne des peuples.

30. Condamner universellement les faits terribles de la Seconde Guerre mondiale, plus encore l'idéologie qui les a déterminés, passe en premier lieu par une stigmatisation internationale. A cet égard, la pénalisation opérée par le Tribunal militaire international est essentielle. Outre la révélation des visages de ceux qui ont mené la politique meurtrière national-socialiste et de la cruauté des organisations auxquelles ils appartiennent, le procès qui se déroule entre novembre 1945 et octobre 1946 permet l'identification, la description et la qualification des infractions réalisées. Nuremberg est le premier « *moment d'un droit »*[148] naissant ; les bases de la justice pénale internationale sont posées. Les principes juridiques énoncés dans le statut et les sentences sont immédiatement repris et confirmés par l'Assemblée générale des Nations-Unies, qui leur donne valeur permanente[149]. Le même organe adopte une convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en décembre 1948. Vingt ans plus tard, un second traité, relatif à

---

146 Propos du pasteur Heiko ROHRBACH, *La Parole dominicale*, 20 juin 1987.

147 Léo WOLPERT, *Ma famille, moi et l'occupation*, Ed. Publibook, 2008, p. 9.

148 Formule célèbre de Claude LOMBOIS qu'il oppose à l'expression *« droit d'un moment »*. Cf. *Droit pénal international*, 2ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 1979, p. 157.

149 Résolution n° 95 (I) portant confirmation des principes de droit international reconnus par le statut et le jugement de la Cour de Nuremberg, 11 décembre 1946, *Nations-Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale*, Résolutions adoptées pendant la seconde partie de sa première session, 1946, 1947, p. 188.

l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, voit le jour. Bien que les projets de création d'une cour criminelle permanente n'aboutissent pas[150], que les violations graves du droit humanitaire ne cessent pas[151], la communauté juridique est maintenant sensible à ces questions.

Condamner universellement les faits terribles de la Seconde Guerre mondiale, c'est également en tirer des enseignements concrets en Europe. Il est impératif de mettre en place des mécanismes de nature à assurer une paix durable sur le continent. La création du Conseil de l'Europe à la fin des années 1940 et la rédaction consécutive de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'inscrivent dans cette logique. L'égale dignité de tous est réaffirmée, de même que l'interdiction d'attenter à la vie d'autrui, de lui faire subir injustement des mauvais traitements ou une privation de liberté. De plus, le rapprochement des Etats se manifeste par la signature de différents accords économiques, principalement dans le cadre des Communautés européennes. Un pas supplémentaire est franchi avec l'élaboration de pactes de collaboration politique, à l'instar de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération d'Helsinki en 1975.

Condamner universellement les faits terribles de la Seconde Guerre mondiale nécessite enfin des Etats qu'ils participent, sur leurs territoires, à l'effort de répression. On ne peut se contenter de la sanction des plus hauts dirigeants nazis. Le mouvement initié par le Tribunal militaire international doit être continué à l'intérieur des frontières. La France et l'Allemagne fédérale notamment, compte tenu de leur implication dans les combats, se doivent de traiter avec fermeté la question des crimes de guerre et contre l'humanité. Les

---

150 Une première proposition en ce sens est formulée par Henri Donnedieu de Vabres en 1947 devant la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification instituée par l'O.N.U. en décembre 1946. Elle est rejetée au motif qu'elle dépasse les compétences de la Commission. L'idée est reprise lors des travaux sur la convention de 1948, abandonnée du fait de son incompatibilité avec la souveraineté étatique. Par la suite, l'O.N.U instaure, en décembre 1950, un comité spécial chargé de réfléchir sur cette question. Mais les avant-projets soumis par le comité à l'Assemblée générale resteront lettres mortes. Pour une présentation détaillée, Didier REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, Coll. Précis, 2012, pp. 573-574.

151 Comme le prouvent les atteintes graves et systématiques constatées pendant la Guerre froide et les crimes commis au Cambodge par le régime khmer rouge entre 1975 et 1979.

deux Etats y sont tenus, l'un car il en a été victime, l'autre car il est contraint d'assumer la continuité avec le régime auteur.

31. Néanmoins, le contexte est délicat et complique considérablement l'œuvre nationale de justice. L'impartialité et la mesure sont difficiles à conserver lorsque sont en jeu des exactions d'une telle intensité qu'elles touchent toutes les populations d'une manière ou d'une autre, à tel point que certains préféreraient tout simplement les oublier. A l'ouest du Rhin, les antagonismes internes sont nombreux. Les pressions, contradictoires, conduisent à des « errements » importants, voire à des excès blâmables, dans la façon de gérer le contentieux né du conflit. A l'est du fleuve, la recherche d'une crédibilité internationale s'ajoute aux difficultés structurelles internes. Les orientations choisies, sous l'égide des Alliés puis par les dirigeants allemands seuls, donnent l'image d'une justice parcellaire. En clair, le traitement pénal des infractions commises entre 1939 et 1945 laisse dubitatif, quel que soit l'ordonnancement juridique considéré. Au demeurant, un même mouvement général peut être dégagé dans les deux Etats :

- la première génération post-conflit se focalise sur les exactions commises à l'égard des combattants et constitue le temps des crimes de guerre (Titre I) ;
- la deuxième génération, qui débute avec les années 1960, marque, elle, l'avènement du temps des crimes contre l'humanité (Titre II).

TITRE I.

LE TEMPS DES CRIMES DE GUERRE

« Vae victis ! »[152]

32. Après la capitulation allemande[153] signée conjointement à Reims[154] et à Berlin[155] en mai 1945, qui met fin à la Seconde Gerre mondiale en Europe, il est temps pour le vieux continent de dresser le bilan du conflit. Quelle est l'ampleur des pertes humaines ? A combien se chiffrent les destructions matérielles ? Quelles sont les infrastructures encore debout, les administrations en état de fonctionner ? Surtout, comment va-t-on régler le sort des « vaincus » ? Parce que vaincus il y a. Le moins que l'on puisse dire, c'est que les forces en présence sont totalement déséquilibrées. Les Alliés sont dans la position triomphante d'imputer, avec parfois une grande virulence, les répercussions de la guerre aux pays de l'Axe. Ceux-là doivent assumer toutes les conséquences de leur défaite. L'Allemagne, désignée comme la principale responsable, vient de perdre son guide et chef, son « *Führer* ». Elle est alors réduite, découpée, occupée, placée sous la tutelle des quatres puissances victorieuses, condamnée à « payer pour l'histoire ». Le but des Alliés est d'empêcher la réapparition d'un régime totalitaire et criminel.

33. « Vainqueur » et « vaincu » donc, telle est la dichotomie qui fonde l'environnement socio-politique des deux Etats et la perception que la population a du déclenchement, du

---

152 *« Malheur aux vaincus ! »*, expression latine prononcée par le chef gaulois Brennus lors de la prise de Rome en 390 avant Jésus-Christ. Voir TITE-LIVE, *Histoire romaine*, Tome V, Livre V, traduit par Gaston BAILLET, Les Belles Lettres, 1969, chapitre 48. De nos jours, cette expression s'emploie pour rappeler que le vaincu est à la merci du vainqueur, notamment lors des négociations qui suivent la fin des combats.

153 Sur le sujet, Maurice VAÏSSE (sous la dir.), « Une capitulation sans conditions pour l'Allemagne : 7, 8 et 9 mai 1945, la Paix », *Historia spécial – Il y a cinquante ans : la capitulation de l'Allemagne* n° 35, mai-juin 1995, pp. 10-17.

154 Reddition de l'armée allemande signée le 7 mai 1945 à Reims, dans une salle de l'ancien collège technique et moderne abritant le Supreme Headquarters Allied Expeditionary Force, par le maréchal Alfred Jodl. Fac-similé de l'acte original et traudction française disponibles **[en ligne]** sur http://www.cndp.fr/crdp-reims/memoire/enseigner/supports_documentaires/actecapitulation.htm (consulté le 7 mars 2014). Par ce document, Eisenhower enjoint aux troupes allemandes de cesser le combat le 8 mai à 23 heures 01, heure d'Europe centrale, et d'obéir aux ordres qui leur seront donnés.

155 Dans la nuit du 8 au 9 mai, peu avant minuit, la capitulation officielle de l'Allemagne est signée dans la banlieue de Berlin à Karlshorst, lors d'une cérémonie exigée par Staline. Le texte rédigé est quasi identique à celui de Reims. Fac-similé de l'acte original et traduction française, Ibidem.

déroulement et de l'issue de la guerre, de part et d'autre du Rhin (Chapitre 1). Dans cette phase de réaction immédiate, la différence de statut, consacrée et officialisée par les discours politiques et les procès dont sont l'objet les criminels nazis devant les instances nationales et internationales, influe directement sur la façon d'envisager les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Elle explique que les poursuites intentées dans chacun des deux pays se concentrent presque uniquement sur le premier type d'infractions à l'exclusion du second (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

EVIDENCE DES STATUTS VAINQUEUR-VAINCU

> « La mémoire (…) peut contraindre à une appartenance prioritaire. Dans l'après-guerre, nombre de jeunes Allemands ont découvert que leur non-participation évidente au crime n'empêchait pas leur identification en tant qu'Allemands. »[156]

34. Lors de la conférence internationale de la paix qui se tient à Paris dès janvier 1919, les Alliés[157] ont déjà nommément désigné « l'armée allemande » comme unique responsable des violations du droit des gens et des règles de bonne conduite des conflits, commises au cours de la Grande Guerre. En effet, ce belligérant est regardé comme l'unique criminel, de surcroît vaincu[158] : *« il s'agit de trouver les moyens d'aboutir à un jugement déjà rendu dans tous les esprits : celui de la condamnation la plus forte possible et la plus exemplaire de l'Allemagne personnifiée par son Kaiser, honnie à travers son armée en ses chefs et subalternes »*[159]. Se met en marche, sur pression de l'opinion publique qui crie justice, le procès politique de la hiérarchie militaire et de son plus haut représentant, le *Kriegsherr*[160] Guillaume II. On reproche aussi à la nation allemande de n'avoir pas endigué le développement d'une *« conception de la guerre qui laissait prévoir que tout conflit armé avec l'Allemagne serait impitoyable »*[161]. Sont enfin mis au banc des accusés les intellectuels dont les travaux induisent que la force est créatrice de droit et que la nécessité militaire peut assurer l'impunité des transgresseurs de la norme. L'Allemagne est donc seule en faute aux yeux de la société internationale. Plus encore, l'Allemand doit

---

156 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, Flammarion, 1989, p. 25.

157 On parle parfois des « Forces de l'Entente » ou de la « Triple-Entente » pour désigner la coalition formée contre la « Triplice » ou « Triple-Alliance » (Empire allemand, Empire austro-hongrois et royaume d'Italie). Les principaux alliés étaient en 1914 la France, l'Empire russe, l'Empire britannique, auxquels se sont ajoutés en 1917 les États-Unis. Relevons également la Belgique qui, attaquée par l'Allemagne, s'est liée de fait avec les forces franco-britanniques et russes. Par ailleurs, elle a mené une guerre victorieuse, en liaison avec le Royaume-Uni, au Congo contre l'Afrique orientale allemande.

158 A tout le moins, c'était le cas en Europe. De l'autre côté de l'Atlantique, la conception est un peu différente, les Etats-Unis n'adhérant pas à l'idée d'un procès politique dirigé contre l'Allemagne et son empereur.

159 Annie DEPERCHIN-GOUILLARD, « Responsabilité et violation du droit des gens pendant la Première Guerre mondiale : volonté politique et impuissance juridique », in Annette WIEVIORKA (sous la dir.), *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1996, p. 28.

160 Seigneur de la guerre (Traduction proposée).

161 Annie DEPERCHIN-GOUILLARD, « Responsabilité et violation du droit des gens pendant la Première Guerre mondiale : volonté politique et impuissance juridique », op. cit., p. 31.

être sanctionné car il incarne le renversement des valeurs de la civilisation : *« sa culture de la guerre nie le droit dans ses aspects les plus fondamentaux »*[162]. Par ailleurs, on réclame une action juridique concrète aboutissant, selon les termes du doyen Larnaude[163], à une *« sanction solennelle et purificatrice »* par la mise en œuvre de *« la haute justice que le monde anxieux attend »*[164]. Le jugement de l'empereur est une suite nécessaire de la guerre, qui doit être prononcé par une juridiction *ad hoc*, dont la chose jugée aura valeur universelle.

35. A la sortie de la Seconde Guerre mondiale, l'épisode se répète et l'étiquette d' « auteur-vaincu » est de nouveau collée sur le front du peuple germanique. C'est particulièrement flagrant en France où la figure de l' *« ennemi allemand »*[165] est martelée dans les médias. Parallèlement, des voix s'élèvent très vite dans les plus hautes sphères de la société, qui mettent en avant le statut de « victime-vainqueur » de la France. Elle a pourtant signé l'armistice avec l'Allemagne le 22 juin et avec l'Italie le 24 juin 1940, point de départ de la politique ô combien critiquée de coopération avec Hitler menée par le gouvernement de Vichy. D'ailleurs, si la participation de l'Armée française de la

---

162 Ibidem, p. 32.

163 Ferdinand LARNAUDE, professeur de droit public et doyen de la Faculté de droit de Paris entre 1913 et 1922, a été désigné délégué du gouvernement français dans diverses commissions de la conférence de paix. Il a notamment été chargé de diriger un comité consultatif sur les questions juridiques liées à la responsabilité des auteurs de la guerre. Son rapport intitulé « Examen de la responsabilité pénale de l'empereur Guillaume II d'Allemagne », coécrit avec Albert GEOUFFRE DE LAPRADELLE et en collaboration notamment avec Maurice GARÇON, a servi de base au travail des participants à la conférence (texte disponible dans le *J.D.I. Clunet*, 1919, vol. 46, pp. 131-162). Sur le sujet, Claude LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, Coll. Précis, 2ème éd., 1979, pp. 72-74, note n° 57 ; Vincent LANIOL, « Ferdinand Larnaude, un « délégué technique » à la conférence de la Paix de 1919 entre expertise et culture de guerre », *Relations internationales* n° 149, janvier-mars 2012, pp. 43-55.

164 Rapport précité p. 131.

165 Expression déjà utilisée pour désigner l'armée allemande au cours de la Première Guerre mondiale, elle est souvent employée par les acteurs de la Résistance pendant et à la sortie du second conflit. Voir notamment l'allocution radiophonique de Charles DE GAULLE prononcée depuis Londres, le 8 mai 1945 : *« L'ennemi allemand vient de capituler devant les armées alliées de l'ouest et de l'est »*. Ecoute disponible **[en ligne]**, sur http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00315/la-victoire-du-8-mai-1945.html (consulté le 17 octobre 2013). C'est d'ailleurs pour viser les Allemands que le terme « ennemis » a été intégré dans l'ordonnance française relative à la répression des crimes de guerre du 28 août 1944 (Cf. infra §§97-98).

Libération[166] et les Forces Françaises de l'Intérieur (F.F.I.)[167] à la libération du pays est indéniable, il ne faut pas non plus occulter l'importance du soutien allié, notamment l'aide apportée par le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique. Néanmoins, la France apparaît centrée sur elle-même et sur ce qu'elle considère comme sa propre victoire. Souvenons-nous du célèbre discours du général de Gaulle le jour de la prise de la capitale : *« Paris, Paris outragé, Paris brisé, Paris martyrisé mais Paris libéré ! Libéré par lui-même, libéré par son peuple avec le concours des armées de la France, avec l'appui et le concours de la France tout entière : c'est-à-dire de la France qui se bat »*[168].

36. Partant, les historiens voient dans l'après-guerre une période particulièrement ambigüe, caractérisée par la recherche de l'*« unité nationale »*[169] et la construction d'un véritable mythe autour de la Résistance libératrice, ce que l'on appelle *« le résistancialisme »*[170] (Section I). L'Allemagne, quant à elle, se doit d'assumer la défaite et le lourd héritage laissé par le III[ème] *Reich*. Le *Führer* s'est suicidé et la nation allemande toute entière endosse le poids des exactions atroces commises au nom d'une idéologie

---

166 L'Armée française de la Libération, ou « Armée française réunifiée », résulte de la fusion le 1er août 1943 de l'Armée d'Afrique du Nord commandée par le général Henri Giraud et des Forces Françaises Libres gaullistes (mouvement initié le 1er juillet 1940 et allié de la France Libre, organisation résistante née de l'appel du 18 juin à Londres). Après avoir participé aux campagnes de Tunisie et d'Italie, elle a débarqué avec les Alliés pour reconquérir la France en 1944. Par la suite, elle a participé à l'obtention de la capitulation en Allemagne et à l'occupation de ce pays jusqu'en 1955.

167 A compter du 1er février 1944, les principaux groupements militaires de la résistance intérieure française constitués dans la France occupée (notamment l'Armée secrète gaulliste, l'Organisation de résistance de l'armée giraudiste et les Francs-tireurs et partisans communistes) ont fusionné pour former les F.F.I. Il s'agit ici non seulement d'unifier et de donner un cadre à ces forces mais aussi de les structurer de manière hiérarchique, sous le commandement du général Kœnig et l'autorité politique du Gouvernement provisoire de la République française.

168 Extrait du discours prononcé à l'Hôtel de ville de Paris, le 25 août 1944. Vidéo disponible **[en ligne]**, sur http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00005/la-liberation-de-paris.html (consulté le 17 octobre 2013).

169 L'expression *« régime mémoriel d'unité nationale »* est employée par Johann MICHEL, dans son ouvrage *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, P.U.F., 2010, p. 19.

170 Henry ROUSSO parle de *« résistancialisme »*. Cf. *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* Seuil, Coll. Points – Histoire, 1990, p. 20. Ne pas confondre le « résistancialisme » avec un « c » et le « résistantialisme » avec un « t », tout autre concept forgé par l'abbé Jean-Marie DESGRANGES, ancien député du Morbihan dans son ouvrage *Les crimes masqués du Résistantialisme* (Ed. de l'Elan, 1948, 187p.). Dans sa conception, le mot désigne *« l'exploitation d'une épopée sublime par le gang tripartite à direction communiste »*, autrement dit selon lui, le dévoiement de la Résistance par de faux combattants au cours de la Seconde Guerre mondiale (p. 11).

nazie qu'elle n'a pas assez combattue. A ce sujet, les auteurs, à la suite de Karl Jaspers[171], ont pu identifier une double culpabilité pesant sur les épaules de l'Allemand, dite *« du dehors »* et *« du dedans »*[172] (Section II).

SECTION I.

EN FRANCE : DOUBLE DISCOURS, « UNITE NATIONALE » ET « MYTHE RESISTANCIALISTE »

> « Première image-force, la défaite militaire de 1940 a été effacée par les armes et par la nation toute entière. »[173]

37. Johann Michel définit ce qu'il appelle le *« régime mémoriel*[174] *d'unité nationale »* comme la légitimation d'un ensemble de représentations communes du passé de la nation par l'autorité publique, qui conduit à une auto-légitimation de cette autorité elle-même, garante de l'unité et de l'identité nationales[175]. Selon lui, il s'agit là d'une constante des politiques développées depuis la Grande Guerre, qui s'appuie sur une rhétorique de type républicaine : on lie le deuil national à la libération du pays et de la nation. La France s'est libérée toute seule ; elle est l'acteur de son propre salut par les armes et doit être pour cela glorifiée. C'est cette conception que veulent imposer les autorités de l'époque dans l'esprit

---

171 Philosophe et psychiatre allemand, membre du courant existentialiste chrétien, Karl JASPERS est connu pour ses travaux en théologie et sur la maladie mentale. Son ouvrage *La culpabilité allemande* est une référence pour les historiographes qui s'intéressent à la période post-conflictuelle en Allemagne.

172 Karl JASPERS, *La culpabilité allemande*, traduit de l'allemand par Jeanne HERSCH, Ed. de Minuit, 1948, p. 73.

173 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 30.

174 Sur la notion de régime mémoriel, voir Introduction générale, §13.

175 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 19-20.

populaire d'après-guerre. La Libération représente l'élément central, le point d'ancrage de cette nouvelle perspective qui, progressivement, va dominer et constituer une sorte de *« souvenir-écran »*[176] face aux horreurs de la période vichyste qui prend fin. Célébrer la grandeur de la France, c'est avant tout passer sous silence les importants clivages et les crimes commis par des Français au cours des années 1940-1944. L'heure est au refoulement de tout ce qui pourrait venir entacher cette vision que d'aucuns jugent, *a posteriori*, bien trop positive. Il faut asseoir une représentation partagée des événements pour permettre le retour à l'unité du groupe national. *« Interpréter le passé en fonction des urgences du présent »*[177] conduit ainsi à la mise en application d'une politique en deux temps : forcer l'oubli des crimes perpétrés pendant les années noires et, par suite, construire et asseoir une véritable mémoire officielle autour du mythe d'une Résistance héroïque et sans faille.

§ 1. FORCER L'OUBLI DES CRIMES VICHYSTES

38. En 1944, s'ouvre donc une période de commémoration de la libération du pays. Or, la victoire ne peut être célébrée pleinement que si l'on oublie les événements qui peuvent l'assombrir, c'est-à-dire les actions du régime de Vichy et les exactions discriminatoires auxquelles il a participé, en collaboration avec les autorités du *Reich*. En effet, si dans les premiers défilés, les Français ont pu entrevoir l'enfer des camps en découvrant l'existence des « pyjamas rayés », cela ne se révèle être qu'une *« apparition fugace » : « le retour des victimes de l'univers concentrationnaire nazi représente sans doute l'événement le plus vite refoulé »*[178]. Ainsi, de façon quasi-immédiate, la mémoire des victimes de la Shoah[179] est totalement étouffée. D'ailleurs, les hommes politiques en place ne cherchent pas à masquer l'objectif d'une telle entreprise : ils veulent *« réparer par l'oubli les déchirures*

---

176 Ibidem, p. 29.

177 Idem, p. 32.

178 Idem, p. 40.

179 Et plus largement de l'ensemble des crimes discriminatoires. A propos du terme « Shoah », voir infra note n° 479.

du corps social »[180]. Il en va de la reconstruction de l'identité nationale. Celle-ci passe, à leurs yeux, par une double phase d'apaisement des tensions et d'occultation du passé douloureux des années noires, ce qui se traduit d'un point de vue juridique par une vague conséquente d'amnisties.

A. UN BUT : RECONCILIATION ET RECONSTRUCTION NATIONALES

39. La libération du pays face à l'oppresseur étranger va servir de base pour un travail de rétablissement de la légalité républicaine et, par là, de réconciliation de la nation. Comme l'affirme le Général de Gaulle dans son discours du 25 août 1944, le salut émane de la *« France éternelle »*[181]. Il met ici en exergue l'idée d'une continuité de l'Etat glorieux et victorieux. Ce qui doit primer, c'est une vision positive du pays combattant l'envahisseur, même s'il faut pour cela délibérément éclipser ce qui a conduit beaucoup de Français à combattre, l'armistice.

Mais si cette France est indemne et vierge de toute faute morale, quelle place accorder au régime de Vichy et à la politique de collaboration afférente ? La réponse est donnée ce même 25 août. Lorsque Georges Bidault, président du Conseil national de la Résistance, épaulé par le Comité parisien de la Libération, demande au chef de la France libre de proclamer solennellement la République devant le peuple, la réponse est sans appel : *« La République n'a jamais cessé d'être. (...) Vichy fut toujours et demeure nul et non avenu. Moi-même suis le président du gouvernement de la République. Pourquoi irais-je la proclamer ? »*[182]. Ainsi est procédé à la mise entre parenthèses de ce qui devient *de facto* épisodique. La honte et le malaise éventuels sont dissipés.

---

180 Paul RICOEUR, *Le Juste*, Ed. Esprit, 1995, p. 205.

181 Discours précité, supra §35.

182 Charles DE GAULLE, *Mémoires de guerre – L'unité*, Tome II, Plon, 1956, p. 308.

40. Cette position sera par la suite réitérée dans le but d' *« extirper à tout prix »* des *« germes de division »*[183] nuisibles à la reconstruction matérielle du pays et à celle de l'identité française. En effet, étroitement liées aux invasions ennemies, les luttes fratricides n'ont plus *a priori* de raison d'être une fois l'Axe battu. Il s'agit donc de liquider purement et simplement les séquelles de l'Occupation pour montrer l'image d'une nation rassemblée. D'ailleurs, parmi les très nombreuses célébrations de la Libération et de la victoire, la plus importante est certainement la cérémonie du 11 novembre 1945[184], marquée par la volonté de réaliser l' « union sacrée ». D'une part, quinze dépouilles mortelles de Français sont réunies autour de la flamme du soldat inconnu : deux résistants de l'intérieur, deux déportés, un prisonnier abattu lors d'une évasion, un F.F.I. et neuf militaires. C'est un signe fort envoyé à la population. D'autre part, cette commémoration, eu égard à la symbolique de la date, ne peut pas être anodine. Le 11 novembre renvoie à l'armistice signé en 1918, attestant de la fin de la Première Guerre mondiale, de la victoire des Alliés et de la défaite de l'Allemagne. Implicitement, c'est la spécificité du second conflit mondial qui est éludée en même temps que l'armée française, traversant les années, est honorée[185].

41. Au-delà du versant « politique mémorielle », c'est aussi sur le terrain juridique qu'apparaît l'objectif de réconciliation et d'unité. Pour ce faire, les autorités vont user – certains diront abuser – d'une mesure bien connue mais qui sera particulièrement décriée dans le contexte d'instabilité de l'époque : l'amnistie.

---

183 Discours du Général DE GAULLE prononcé à l'Hôtel de ville de Paris le 2 avril 1945 à l'occasion de la « journée des Drapeaux », in Charles DE GAULLE, *Discours et messages*, Tome I – Pendant la guerre : juin 1940-janvier 1946, Plon, 1970, p. 536.

184 En effet, de l'avis de tous les préfets, même le 8 mai 1945, pourtant date officielle de la capitulation, n'a pas été célébré avec autant d'ostentation. Au contraire, les festivités ont été relativement discrètes. Voir sur le sujet, Jean-Pierre RIOUX, « Cette immense joie pleine de larmes : les Français et le « Jour V » », in Maurice VAÏSSE (sous la dir.), *8 mai 1945 : la victoire en Europe*, Bruxelles, Ed. Complexe, 2005, pp. 163-185.

185 En ce sens, Henry ROUSSO parle de *« guerre de trente ans »* comme *« composante majeure de la symbolique gaullienne »*. En effet, *« l'assimilation entre les deux guerres mondiales permet d'insister sur le facteur militaire, donc d'éroder les particularités de la seconde : poids des résistances sans uniforme, des luttes idéologiques, du génocide »*. Cf. *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 31-32.

B. UN MOYEN : L'AMNISTIE, « OUBLI-DISSIMULATION »[186]

42. Le recours à l'amnistie dès la fin de la guerre est significatif. En tant que mesure d' « oubli juridique » selon les termes mêmes du droit[187], *« l'amnistie peut singulièrement modifier la perception de l'Occupation, notamment par les silences qu'elle impose sur les peines prononcées »*[188]. L'objectif philosophique et politique d'une telle mesure tient à la possibilité d'une *« réconciliation des communautés historiques entre elles et avec elles-mêmes »*[189]. En décidant d'oublier les peines et les criminels, les autorités publiques en profitent pour demander l'oubli des troubles graves qu'a subis la nation.

Les enjeux d'une telle démarche d'amnésie collective, *« institutionnelle »*[190], à la Libération, sont forts : *« l'oubli est décrété au nom de la paix civile »*[191]. Ce combat idéologique constitue par conséquent l'une des étapes essentielles de la tentative de liquidation des séquelles de la période vichyste.

---

186 Expression de Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 180. Au sens que l'auteur donne à cette locution, c'est une entreprise active et volontaire, voire concertée, d'oubli, directement imputable aux acteurs publics chargés d'élaborer et de transmettre la mémoire officielle. Ainsi, *« les pouvoirs publics (...) assument et revendiquent clairement la nécessité de l'oubli. (...) Il s'agit d'user d'instruments publics pour commander l'oubli. Il y a bien, paradoxalement, dans le commandement d'oubli une reconnaissance que quelque chose s'est passé. Mais en raison des menaces que ce passé fait peser sur la cohésion nationale actuelle, les autorités publiques demandent (ou commandent) désormais de ne plus s'en souvenir »* (p. 181).

187 Etymologiquement, le terme amnistie vient du latin « amnestia », terme emprunté au grec ancien ἀμνηστία, et signifie « le fait de ne pas se souvenir », soit par extension, l'oubli, le pardon. Il s'agit de la mesure qui *« ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux (ces faits étant réputés avoir été licites, mais non ne pas avoir eu lieu) »* (Cf. *Vocabulaire juridique Cornu*). Claude LOMBOIS l'a définie comme *« l'opportunité des poursuites aux mains du législateur »* (*Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 39), identifiant ainsi son objet : *« c'est – au stade du jugement comme au stade de l'exécution des peines – le droit de poursuite de l'autorité publique qui est atteint par une loi d'amnistie plus que les faits auxquels cette loi se rapporte »*. Cf. Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 2ème éd. Lexisnexis Litec, Coll. Manuel, 2012, p. 982.

188 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, op. cit., p. 66. A cet égard, Paul RICŒUR parle de *« mémoire empêchée »* (*Histoire et Vérité,* Ed. du Seuil, 2001, p. 82). Il désigne l'entreprise qui tend vers une mémoire apaisée face à une *« blessure de l'amour propre national »* (p. 96).

189 Johann MICHEL « Définitions et premières distinctions de la mémoire », in Johann MICHEL (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance,* Rennes, Ed. Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 15.

190 Paul RICOEUR, *Le Juste*, op. cit., p. 205.

191 Du même auteur, *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 181.

43. Les milieux intellectuels sont assez rapidement agités par des polémiques autour du sort réservé à leurs collègues ayant mis leur plume au service du *Reich*, oscillant entre ferme condamnation et appel au pardon[192].

Au-delà, *« la bataille de l'amnistie »*[193] est une véritable querelle politique qui mobilise tous les partis, *« un enjeu de société grave, car au carrefour de la loi, de la morale et du souvenir »*[194]. Les politiciens de la droite française désirent être *« [lavés] de l'hypothèque de la collaboration ou du pétainisme »*[195]. Imposer l'amnistie des crimes commis sous le gouvernement de Vichy, c'est donc essayer d'assainir un passé peu glorieux en mettant un terme définitif et irréversible à cette période. Cela traduit à la fois un processus de refoulement mais encore de *« voilement »*[196] véritable de la mémoire, afin de redorer le blason d'un parti politique affaibli par le conflit. Par ricochet, c'est aussi un défi pour la gauche, notamment pour le parti communiste qui se saisit prestement de la problématique.

44. Les premiers termes de la discussion sont donnés par l'offensive parlementaire menée dès 1948 par les démocrates-chrétiens du Mouvement Républicain Populaire et les membres du Rassemblement du Peuple Français, en écho aux déclarations du Général de Gaulle. Surtout, le 24 octobre 1950, à la suite de propositions de lois déposées entre autres par Georges Bidault, Edmond Michelet et Louis Rollin, s'ouvre une grande discussion à la Chambre. Les arguments soulevés par les partisans de l'amnistie sont de plusieurs ordres : la réconciliation nationale – avec pour exemples particuliers l'Italie et l'Allemagne déjà engagées sur cette voie[197] –, la réparation des injustices de l'Epuration[198], le caractère

---

192 On se souvient du débat entre Albert CAMUS, prônant dans la revue *Combat* l'exercice nécessaire de la justice humaine à leur encontre, et François MAURIAC qui préconisait dans *Le Figaro* le pardon et l'oubli pour ces écrivains « égarés ». De même, quelques années plus tard, Jean PAULHAN exprimera sa désapprobation avec la politique d'épuration menée par le Comité national des écrivains et adressera une *« Lettre aux directeurs de la Résistance »*, (Ed. de Minuit, 1952, 54p.), leur reprochant d'avoir condamné sans juger.

193 Ibidem.

194 Idem.

195 Idem, pp. 66-67.

196 Johann MICHEL « Définitions et premières distinctions de la mémoire », in Johann MICHEL (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance,* op. cit., p. 15.

197 Comme nous le verrons dans la section suivante, §§82-85.

politique de certains délits commis sous l'Occupation ou, tout simplement, la clémence. A l'inverse, les communistes invoquent, à l'appui de leur hostilité à la mesure, les risques de renaissance de mouvements fascistes et néo-fascistes et la nature électoraliste d'une telle entreprise. Ils pointent également les dangers d'une conjonction entre le réarmement de l'Allemagne et l'absolution des collaborateurs. Quant aux socialistes, ils adoptent une position médiane, étant favorables au principe de l'amnistie mais opposés à toute manifestation de réhabilitation[199]. Compte tenu de sa place minoritaire au Parlement, la gauche ne parvient pas à bloquer le vote d'une première loi le 5 janvier 1951[200], au bénéfice des auteurs condamnés à une peine de dégradation nationale[201] ou d'emprisonnement inférieure à quinze ans. Large dans son principe, cette amnistie de plein droit ne concerne cependant ni les crimes les plus graves[202], ni les décisions de la Haute Cour.[203]

Forte de cette première « prouesse », la droite va par la suite pousser à l'adoption d'autres lois qui vont encore plus loin dans l'oubli juridique. Le second débat est initié dès juillet 1952, portant sur une mesure d'amnistie totale et ayant pour maître-mot l'union sacrée contre les communistes soviétiques, danger extérieur qui prend le relais de l'ennemi

---

198 Ici, sont envisagées les exactions arbitraires commises hors cadre juridique par vengeance et règlement de comptes, mais aussi les sentences prononcées dans le cadre des procès de l'Epuration, sur lesquelles nous reviendrons dans le prochain chapitre (Cf. infra §§90-96).

199 Présentation des arguments, Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 67.

200 Loi n° 51-18 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales (*JORF*, 6 janvier 1951, p. 260), adoptée en seconde lecture par 327 voix contre 263.

201 Peine définie dans l'ordonnance du 26 août 1944 (*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 28 août 1944, p. 767), remplacée par l'ordonnance du 26 décembre 1944 (*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 27 décembre 1944, p. 2076), en répression du crime d'indignité nationale qui consiste à avoir, postérieurement au 16 juin 1940, soit sciemment apporté en France ou à l'étranger une aide directe ou indirecte à l'Allemagne ou à ses alliés, soit porté atteinte à l'unité de la nation ou à la liberté des Français, ou à l'égalité entre ceux-ci.

202 Sauf l'hypothèse envisagée à l'article 3 d'une amnistie de plein droit des auteurs de crimes de guerre ennemis de moins de vingt-un ans condamnés à une peine privative de liberté de maximum cinq ans.

203 Notons qu'outre cette amnistie de plein droit, le texte prévoit, dans son chapitre 2, l'amnistie par mesure individuelle de certains condamnés, tels que les incorporés de force punis pour leur engagement dans une formation armée allemande à condition qu'aucun crime de guerre ne puisse leur être personnellement imputé, les mineurs de moins de vingt et un ans qui ne relèvent pas du régime de l'article 3 ou qui n'ont pas encore été condamnés soit contradictoirement, soit par contumace, ou encore les grands invalides et grands mutilés de guerre.

allemand[204]. Les controverses sont nombreuses tant l'argumentaire développé choque les socialistes et communistes par l'amalgame qui est fait entre les communards de juillet 1880 et les collaborateurs[205]. Au surplus, des confusions pour le moins gênantes sont entretenues par les propositions de lois qui demandent l'amnistie conjointe des collaborateurs et des délits de grève commis en 1947-48[206]. Après une année de pourparlers et l'examen de plusieurs centaines d'amendements, la seconde loi d'amnistie est finalement votée le 6 août 1953[207]. Son article 1er montre toute l'ambivalence de son adoption en ce qu'il tente de justifier le texte :

> « (…) C'est dans la fidélité à l'esprit de la Résistance que [la République française] entend que soit aujourd'hui dispensée la clémence. L'amnistie n'est pas une réhabilitation ni une revanche, pas plus qu'elle n'est une critique contre ceux qui, au nom de la nation, eurent la lourde tâche de juger et de punir. »

Malgré de fortes oppositions idéologiques, l'amnistie ainsi prévue permet la libération de tous ceux qui restaient en prison, hormis les auteurs des crimes les plus sérieux. C'est la fin officielle de l'Epuration et les peines qui seront par la suite prononcées ne seront plus que symboliques[208]. C'est aussi une victoire politique retentissante pour la droite mais qui n'empêche pas que s'expriment de façon récurrente les rancœurs.

45. En effet, *« la justice amnistiante n'a pas le pouvoir de calmer les réminiscences de l'Occupation, particulièrement nombreuses au début des années 1950 »*[209]. L'illustration la

---

204 *« (…) Devant la montée des périls, l'union entre tous les Français est plus que jamais souhaitable. Que demain la patrie soit en danger, elle n'aura pas trop de tous ses enfants pour la défendre. »* Cf. Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 68.

205 *« Quel manque de tact lorsque, citant largement Victor Hugo, vous avez voulu assimiler les combattants de la Commune aux collaborateurs de 1940-1944 ! Les combattants de la Commune – je ne veux pas parler de leurs desseins sociaux, de leurs tentatives économiques – furent ceux qui, jusqu'au mur des Fédérés, ont voulu lutter contre l'adversaire auquel vous vous êtes rendus en 1940. »* Cf. Ibidem.

206 Mouvements de grèves syndicales initiés fin avril 1947 à la régie du groupe Renault et amplifiés dès septembre 1947 par la dénonciation du plan Marshall par le *Kominform*. Il y aurait eu près de trois millions de grévistes. Voir à ce sujet Rémi KAUFFER, « Cheminots, mineurs, métallos... : Les grèves insurrectionnelles de 1947 », *Historia* n° 733, janvier 2008, p. 32 et suivantes.

207 Loi n°53-681 portant amnistie (*JORF*, 7 août 1953, p. 6942), votée par 394 voix contre 212.

208 Sur ce point, voir les statistiques présentées par Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 70.

209 Ibidem, p. 71.

plus exemplaire est très certainement à rechercher dans les affrontements nés de l'amnistie des « Malgré-Nous » d'Oradour-sur-Glane. Rappelons les termes de l'affaire[210].

Le 12 janvier 1953, devant le tribunal miliaire de Bordeaux, s'ouvre un procès attendu, celui de vingt et un membres de la division *Das Reich*, qui doivent répondre du massacre emblématique de 642 habitants du petit village d'Oradour, en Haute-Vienne. A part deux accusés, tous sont de « simples » exécutants. Spécificité de cette procédure, quatorze sont français, originaires d'Alsace ; douze d'entre eux ont été enrôlés de force[211] dans la *Waffen S.S.* et la plupart a déserté pour rejoindre les F.F.I. ou les F.F.L. Ils sont présentés à la justice en vertu de la loi, rétroactive, du 15 septembre 1948[212], connue pour fixer les fondements d'une « responsabilité collective » des auteurs étrangers de crimes de guerre[213.214]. *« Ce procès [va révéler] une crise politique et mémorielle dans la société*

---

210 Pour des présentations synthétiques, voir Michel DANTI-JUAN, « Réflexions contemporaines sur le procès des auteurs du massacre d'Oradour-sur-Glane », in Jean COCHARD (sous la dir.), *Armée, guerre et droit pénal,* Actes de la Journée d'études du 19 mai 1984, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 5, Cujas, 1986, pp. 27-35 ; Jean-Pierre RIOUX, « Le procès d'Oradour », *L'Histoire* n° 64, février 1984, pp. 6-17 ; Pierre BARRAL, « L'affaire d'Oradour, affrontement de deux mémoires », in Alfred WAHL (sous la dir.), *Mémoire de la Seconde Guerre mondiale,* Actes du colloque de Metz des 6-8 octobre 1983, Metz, Centre de recherche histoire et civilisation de l'Europe occidentale, 1984, pp. 243-252.

211 L'histoire de l'Alsace a été marquée par une série d'annexions et de rattachements successifs à la France et à l'Allemagne. Les départements proches du Rhin et de la Moselle ont été annexés et occupés par les troupes d'Hitler dès 1940. L'Etat allemand s'y comportait en souverain et très vite, s'est mis en place un régime de contrainte : assignation à résidence, obligation pour les jeunes d'entrer dans la *Hitlerjugend* (les jeunesses hitlériennes) et de dénoncer leurs parents manifestant des sentiments francophiles, astreinte au S.T.O, expulsion des récalcitrants, déportation et incarcération dans les camps de Schrimeck ou Struthoff. L'incorporation volontaire ayant été un échec pour le *Reich*, le 9 août 1942, Hitler, Wagner et Keitel décident de l'incorporation obligatoire des Alsaciens dans les armées allemandes. En sanction de toute tentative de rébellion patriote, les insoumis voient leurs familles déportées et risquent la peine de mort. Ils sont envoyés sur le front de l'est, où se trouvent déjà les membres de la Légion des Volontaires Français. Portant les armes allemandes, on les considère comme des traîtres, et ils subissent le sort des ennemis : 25.000 portés disparus en U.R.S.S., 30.000 blessés dont 10.000 grièvement. Une bonne partie des autres est internée dans le camp de Tambov, dans des conditions atroces. Ceux qui rentrent sains et saufs en France sont envoyés dans le Sud, pour combattre les mouvements de la Résistance. C'est ainsi que quatorze Alsaciens ont été placés dans les troupes de la division *Das Reich*, sous le commandant d'Adolf Diekmann et la direction du Général Lammerding.

212 Loi n° 48-1416 du 15 septembre 1948 modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre, *JORF*, 16 septembre 1948, p. 9138.

213 Ce texte permet en effet d'intégrer en droit français le délit d'appartenance défini dans le Statut du Tribunal de Nuremberg (Cf. infra §67 et suivants). Il proclame la responsabilité collective de tous les individus étrangers ayant appartenu à une formation déclarée criminelle par la juridiction interalliée, lorsqu'un crime de guerre est imputable à cette formation. Autrement dit, il instaure une présomption de culpabilité objective du fait de l'appartenance à un groupe considéré comme criminel par les Alliés. Voir sur le sujet Henri DONNEDIEU DE VABRES, « La loi du 15 septembre 1948 sur la répression des

française de l'époque, résultant de deux épisodes dramatiques »[215]. En réalité, depuis la fin de la guerre, les autorités publiques ne se sont pas préoccupées – volontairement ? – de la question des incorporés de force et cette dernière ressurgit donc « par la petite porte » par le biais du procès de Bordeaux.

46. Dès le début, l'audience engendre de vives polémiques qui divisent le pays, sous l'impulsion des mouvements politiques suppléés par les médias. Les communistes, majoritaires en Limousin, refusent de faire une différence au sein du groupe des bourreaux d'Oradour, tous coupables du même crime. Ils se font le relais des associations de victimes qui réclament justice. En face, la droite ainsi que les socialistes militent pour la clémence et soutiennent la grogne lorraine[216]. Ils invoquent le fait qu'à Nuremberg, l'incorporation de force a été reconnue comme crime de guerre, selon les critères instaurés par le tribunal militaire interallié. Pour eux, les auteurs du drame d'Oradour doivent être distingués en deux catégories, ceux qui ont choisi l'idéologie hitlérienne et ceux à qui on l'a imposée. Par ailleurs, l'instance en elle-même est affectée puisque de nombreux incidents de procédure – notamment des demandes de disjonction, toutes refusées par la cour – perturbent son déroulement. C'est pourquoi le législateur intervient le 30 janvier 1953[217],

---

crimes de guerre : l'inconciliabilité avec les règles impératives du jugement de Nuremberg, des présomptions d'appartenance à une organisation criminelle et de la culpabilité objective et collective », *Dalloz*, 1950, pp. 521-532 ; du même auteur, « La loi du 15 septembre 1948 sur la répression des crimes de guerre : le problème de sa légitimité au regard des accords internationaux, du jugement de Nuremberg et de la constitution française », *Dalloz*, 1950, pp. 701-708 ; René TUNC, « La loi du 15 septembre 1948 sur la responsabilité « collective » des crimes de guerre [Affaire d'Ascq et d'Oradour] », *Revue administrative* n° 31, 1953, pp. 60-61. Nous aurons l'occasion de revenir sur les difficultés posées par cette loi par la suite (voir infra note n° 432).

214 Notons toutefois que le président du tribunal a refusé de se référer explicitement à ce texte, pour éviter tout rapprochement qu'il estime malvenu entre la situation des Malgré-Nous et celle des autres accusés.

215 Compte-rendu de la conférence de Jean-Paul JEAN « L'Etat, les crimes, la mémoire, à travers les procès d'après-guerre », présentée à l'espace Noriac de Limoges, 22 novembre 2004, p. 19.

216 Parmi les associations alsaciennes, la plus engagée est certainement l'Association des Déserteurs, Evadés et Incorporés de Force qui estime que l'Alsace a déjà payé le prix fort de l'Occupation. Relevons les propos de M[e] André MOSER en ce sens : *« Ces jeunes gens sont pour nous l'incarnation vivante de notre tragédie. Nous avons peur de l'ouragan qui s'accumule sur notre plaine. C'est l'Alsace qui recevra le souffle de la condamnation ou le bouquet de l'espérance. Rappelez-vous que derrière les cris des 642 suppliciés limousins retentissent et retentiront éternellement les clameurs des milliers de suppliciés d'Alsace, morts pour une même cause »* (cité par Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 73-74).

217 Loi n° 53-32, *JORF*, 31 janvier 1953, p. 898.

en cours d'audience[218], pour adopter une modification de la loi de 1948. Cette dernière est littéralement vidée de sa substance : la responsabilité collective est écartée pour les Malgrès-Nous qui prouvent leur incorporation de force et leur non-participation au crime. Désormais, on procède par division : les réquisitoires et questions subsidiaires se font séparément, pour les Allemands en l'absence des Français et inversement. Autrement dit, la disjonction des cas allemands et français est décidée et devient exécutoire à compter du 3 février.

47. Le verdict rendu par le tribunal le 13 février n'apaise pas les tensions et laisse la France *« en état de choc »*[219]. Les deux gradés sont condamnés à mort, les autres prévenus se voient infliger des peines de travaux forcés et d'emprisonnement.

Le Parlement se trouve de nouveau dans l'embarras face à la colère du Nord de la France. Le Président du Conseil René Mayer propose alors une mesure de grâce, qui ne satisfait pas l'Alsace. On réclame une réhabilitation ou une amnistie, c'est-à-dire une mesure législative de portée générale. Partant, dès le 18 février 1953, est mise en débat au Parlement une proposition qui aboutit au vote de la loi « portant amnistie en faveur des Français incorporés de force dans les formations ennemies », adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Conseil de la République le 19 février[220]. Les Alsaciens sont libérés dès le surlendemain.

Une très grande indignation secoue alors la population limousine, déjà insatisfaite par un jugement considéré trop généreux. Ce procès, *« celui de l'obéissance, celui du libre arbitre, du refus de l'inacceptable et de son acceptation »*[221], n'a pas permis, à ses yeux, de reconnaître et réparer le calvaire des morts et des survivants, puisqu'il n'a pas condamné tous les auteurs de la même manière. Avec l'amnistie, c'est un nouvel affront fait au village décimé d'Oradour. Par réaction, les autorités rendent la Croix de Guerre et la

---

218 Ce qui pose évidemment un problème d'indépendance de la justice et de séparation des pouvoirs.

219 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 74.

220 Loi n° 53-112, 19 février 1953 (*JORF*, 20 février 1953, p. 1747), adoptée en seconde lecture par 300 voix contre 228.

221 Propos de Jean-Marc THEOLLEYRE, repris dans le compte-rendu de la conférence de Jean-Paul JEAN, « L'Etat, les crimes, la mémoire, à travers les procès d'après-guerre », op. cit., p. 20.

Légion d'Honneur reçues et affichent le nom des parlementaires qui ont voté cette loi à l'entrée du bourg, dont Jean Lecanuet et François Mitterrand. Cet oubli imposé conduit selon eux à l'amnésie[222]. A Paris, les communistes critiquent aussi vertement la décision qui consiste à *« s'aliéner une région pauvre et rurale qui ne constituait aucune menace pour l'unité nationale, plutôt que de provoquer l'agitation permanente d'une région prospère et peuplée »*[223]. Ils considèrent que le législateur a été « frileux » en prenant une mesure intolérable, pour enterrer toute trace de velléités indépendantistes alsaciennes : *« c'est au nom de l'unité française qu'Oradour a été érigé en symbole national. Au nom de cette même unité, Oradour est sacrifié »*[224].

48. Cette affaire a mis en lumière toutes les limites tant de la justice qui peine à rendre une sentence équitable, que de la politique amnistiante qui creuse les fossés entre les strates de la population française : *« à l'horreur du crime même s'ajoute son déni »*[225]. Les contradictions sont insolubles. Appels incessants à l'oubli, à la réconciliation, à l'unité nationale entrent en opposition avec les résurgences du passé traumatique de la période noire. En somme, les séquelles de la collaboration sont loin d'être liquidées ; bien au contraire, elles sont réactivées, en totale discordance avec les discours politiques.

La même discordance est visible entre l'idéalisation faite de la figure résistante et sa quasi-inexistence au sein des partis[226]. Cela est d'autant plus étonnant que la Résistance

---

222 Propos de Jean-Jacques FOUCHE, Ibidem, p. 30.

223 Sarah FARMER, *10 juin 1944 – Oradour : Arrêt sur mémoire,* Ed. Calmann-Lévy, Coll. Essai Histoire, 1994, p. 172. Cette opinion est aussi celle de Michel DANTI-JUAN, dans ses « Réflexions contemporaines sur le procès des auteurs du massacre d'Oradour sur Glane », in Jean COCHARD (sous la dir.), *Armée, guerre et droit pénal*, op. cit., p. 31.

224 Nicolas WEILL, « Le paradoxe d'Oradour »*, Le Monde*, 9 juin 1994.

225 Antoine GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni juger ni pardonner – Pour une justice internationale*, Ed. Odile Jacob, 2002, p. 205.

226 Henry ROUSSO relève l'absence de personnalités résistantes dans les groupes communiste et socialiste comme dans les partis de droite, à compter de 1951 : *« même les gaullistes (…) ont parfois tourné le dos aux références héroïques »* (*Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, op. cit., p. 75).

devient un *« mythe fondateur »*[227], l'un des piliers de la mémoire officielle que les autorités cherchent à inculquer[228].

§ 2. FORGER UNE MEMOIRE OFFICIELLE

49. Au-delà de la glorification de la victoire, on constate la prégnance forte de l'idée de deuil national. En fait, ces deux thématiques sont étroitement liées puisque c'est la participation à la libération du pays qui justifie le développement des commémorations et l'hommage porté aux « Morts pour la France ». Comme l'indique Johann Michel, *« ce n'est plus la naissance mais le mérite et le courage qui donnent lieu aux honneurs de la patrie »*[229]. Encore une fois, cela n'est pas nouveau ; le même phénomène a été constaté à la fin de la Première Guerre mondiale. Cette *« rhétorique mémorielle républicaine »*[230] se traduit par la création d'un nouveau cérémonial en souvenir des défunts tombés pour défendre la nation, constituant une sorte de *« sanctuaire civique »*[231] dont la sacralité n'est pas à trouver sur le terrain religieux mais sur celui du patriotisme. Il ne s'agit plus simplement d'organiser l'oubli de la guerre franco-française mais aussi d'orienter le souvenir et d'ériger une mémoire à la mesure de la grandeur nationale renaissante. C'est pourquoi *« la classe politique véhicule une nouvelle référence fétiche, quasiment sacrée : celle de la Résistance, ensemble au frontières floues, dont l'appartenance, âprement convoitée, semble un sésame tout-puissant »*[232]. Cette mémoire officielle que les autorités tentent d'imposer tourne autour de l'idée de célébration des victimes de la guerre qui en sont aussi les héros, ce qui aura un impact direct dans le domaine pénal, dès le début des années 1950.

---

227 Ibidem.

228 Paul RICŒUR parle cette fois-ci de *« mémoire manipulée »* (*Histoire et Vérité*, op. cit., p. 82). L'auteur fait référence aux manipulations idéologiques de la mémoire. En effet, les détenteurs du pouvoir mobilisent la mémoire à des fins idéologiques *« au service de la quête, de la reconquête ou de la revendication d'identité »* (p. 98). Cette expression nous semble en la matière tout à fait pertinente.

229 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires,* op. cit., p. 45.

230 Ibidem, p. 43.

231 Idem, p. 44.

232 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 33.

A. La glorification des « morts pour la patrie »

50. Les débats parlementaires acerbes relatifs aux politiques d'amnistie ont laissé des traces dans la communauté résistante. Les heurts ont été nombreux entre la gauche et la droite, qui ont supplanté les solidarités combattantes. Or, en voulant supprimer toute référence au passé et à la collaboration, on en vient à effacer corrélativement les souvenirs de la Résistance[233]. D'ailleurs, son aura semble relativement faible si on analyse les premières élections d'après-guerre. Les élites locales sont en effet peu renouvelées et les notables élus n'ont pas brillé par leur engagement contre l'ennemi. La Résistance ne touche que les hautes sphères politiques sans atteindre les niveaux inférieurs[234], ce qui explique l'échec électoral du « Parti de la Résistance » à l'été 1945, au profit des mouvements traditionnels. Henry Rousso y voit une *« tension originelle »*[235] issue de l'ambivalence des sentiments de la population : d'une part, elle tient à l'image rassurante de la France combattante, d'autre part, elle désire le retour à la normale par l'oubli des circonstances exceptionnelles de l'Occupation. Il y a donc à la fois une adhésion quasi-sentimentale à la vision rétrospective d'un peuple courageux et le rejet des résistants eux-mêmes.

51. En conséquence, les voix qui clament la gloire de la Résistance dès la Libération – y compris parmi les partisans de l'amnistie à l'instar de Georges Bidault[236] – visent l'entité résistante en tant que telle, celle qui a livré bataille et qui est « morte pour la France », en occultant les personnes qui la composent. Est créé un objet de mémoire particulier, le « résistancialisme »[237], qui fascine et se matérialise dans des *« lieux de mémoire »* au sens

---

233 Ibidem, p. 69.

234 *« Parmi les 90% de Français qui ont applaudi à la Libération en août 1944, combien, même de milieu populaire, se sentaient engagés par la Résistance pour envisager d'inventer à sa suite des structures entièrement nouvelles de participation politique ? Fort peu sans doute »*. Cf. Maurice Agulhon, « Les communistes et la Libération de la France », in *La Libération de la France*, Comité d'histoire de la Seconde Guerre mondiale, Ed. du C.N.R.S., 1976, pp. 84-85. *Contra*, les conclusions des travaux conduits par l'I.H.T.P. sur les pouvoirs à la Libération, colloque des 13-14 octobre 1989.

235 Idem, p. 34.

236 Rappelons qu'il était à l'initiative de l'une des premières propositions de loi d'amnistie en 1950 (Cf. supra §44).

237 A propos de ce terme, voir note n° 167.

que donne Pierre Nora à cette expression[238] : édification de monuments, consécration des hauts faits de résistance dans les rues et sur les places publiques, manifestations culturelles[239] et, plus tard, entrée de Jean Moulin au Panthéon, paroxysme du processus.

Cet objet mémoriel s'incarne également dans des groupes idéologiques distincts et antagonistes : les communistes, d'un côté, et les gaullistes, de l'autre. Pour les premiers, le point central est la Résistance en elle-même dont ils revendiquent l'héritage politique[240]. Ils souhaitent inscrire la Résistance au sommet des valeurs républicaines. Pour les seconds, au contraire, prime la célébration *« d'un peuple en résistance que symbolise l'homme du 18 juin, sans intermédiaire ni des partis, ni des mouvements, ni d'autres figures de la clandestinité »*[241]. Dans cette optique, la Résistance devient une figure bien plus diffuse, renvoyant à l'ensemble de la nation qui aurait unanimement et naturellement combattu l'oppresseur germanique. On en donne une *« image abstraite, vidée de sa multiplicité historique »*[242] ; les résistants en sont dépossédés au bénéfice de la France toute entière. En résumé, selon Pierre Laborie, la référence politique au résistancialisme reflète les reconstructions mémorielles dressant un tableau rassurant des années noires, notamment

---

238 Un lieu de mémoire va de l'objet le plus matériel et concret, éventuellement géographiquement situé, à l'objet le plus abstrait et intellectuellement construit. Il peut s'agir d'un monument, d'un personnage important, d'un musée, des archives, tout autant que d'un symbole, d'une devise, d'un événement ou d'une institution. Selon Pierre NORA, un objet devient lieu de mémoire quand il échappe à l'oubli par une mise en lumière particulière (plaque commémorative, dépôt de gerbes…) et quand une collectivité le réinvestit de son affect. Au contraire de la généalogie qui intègre essentiellement l'histoire personnelle et familiale, les lieux de mémoire se réfèrent à l'histoire collective des institutions, des grands corps de l'Etat ou encore des communautés religieuses. Voir *Les Lieux de Mémoire*, Tome I – La République, La Nation, Gallimard, Coll. Quarto, 1997, p. 11 et suivantes.

Pour uune présentation de certains lieux « physiques » de mémoire, Geneviève ERRAMUZPE, « Communication », in Michel DANTI-JUAN (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Cujas, 2011, pp. 219-239. Voir également Alain BATTEGAY, Geneviève ERRAMUZPE, Marie-Thérèse TETU-DELAGE (sous la dir.), *Exposer les mémoires et l'histoire Berlin-Ravensbrück : carnet de visites et de rencontres décembre 2007*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Coll. Matières à penser, 284p.

239 Cela est notamment visible à travers les œuvres cinématographiques de l'époque, tel le montage d'archives *La Libération de Paris* sorti en 1944, ou encore à *La Bataille du Rail*, film de René CLEMENT diffusé en 1946.

240 L'un des slogans du parti communiste de l'époque était *« le parti aux soixante-quinze mille fusillés »*.

241 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, op. cit., p. 32.

242 Ibidem, p. 89.

par la *« vision [gaullienne] complaisante de la Résistance assimilée à la nation alors qu'elle n'était qu'un phénomène minoritaire »*[243].

52. La tendance à la glorification – et même à une certaine « falsification » ou « instrumentalisation » – se traduit également dans le domaine du droit, et particulièrement du droit pénal, utilisé dès le début des années 1950 pour protéger la mémoire combattante contre d'éventuelles atteintes.

B. LA PROTECTION DE LA MEMOIRE COMBATTANTE

53. Analyser la protection de la mémoire combattante à la Libération, c'est envisager à titre principal la loi n° 51-18 du 5 janvier 1951[244], manifestation juridique la plus ostensible de la politique menée à l'époque. Ce texte, déjà évoqué pour son versant « amnistie », contient un Titre III singulier puisque relatif aux « Activités antinationales », dont plusieurs dispositions méritent notre attention. La plus importante est l'article 27 qui prévoit :

> « L'alinéa 3 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est modifié ainsi qu'il suit :
>
> Seront punis de la même peine ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes de meurtre, pillage, incendie, vol, de l'un des crimes prévus par l'article 435 du code pénal, des crimes de guerre ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi. »

54. A titre liminaire, relevons que l'apologie d'un acte criminel ou délictueux, *« forme insidieuse et souvent dangereuse de provocation »*[245], est pénalement sanctionnée par

---

243 Pierre LABORIE, *Les mots de 39-45*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2006, p. 103, « Résistance ».

244 Loi portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales, abordée précédemment §44.

245 Jean-Marie GONNARD, « Presse – Provocation aux crimes et aux délits », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, fascicule 70, mars 1998, p. 8.

exception à la liberté constitutionnelle d'expression[246]. Elle consiste à présenter un tel acte sous un jour favorable, l'exalter de façon plus ou moins explicite dans le but d'exercer sur les individus une influence jugée nocive. En effet, il s'agit de leur apporter *« une absolution anticipée pour les cas où elles choisiraient le « passage à l'acte », ou même une justification morale et la possibilité de s'affirmer aux yeux d'autrui »*[247]. Ajoutons que de longue date, la jurisprudence assimile à l'apologie des crimes et délits l'éloge des personnes qui se sont livrées à ces actes et ont été condamnées[248].

55. Par l'article 27 de la loi du 5 janvier 1951, une nouvelle hypothèse d'apologie est donc instituée. Désormais, est réprimée toute forme de prêche en faveur des « crimes de guerre », bien que cette notion ne soit pas très clairement définie dans les textes pénaux à cette époque. Tout juste peut-on se référer à l'article 1er de l'ordonnance du 28 août 1944[249] et à l'article 70 du Code de justice militaire qui visent les crimes et délits *« même accomplis à l'occasion ou sous le prétexte du temps de guerre, qui ne sont pas justifiés par les lois et coutumes de la guerre »*, lorsqu'ils sont commis par des nationaux ennemis ou des agents au service de l'administration ou des intérêts de l'ennemi. Sont aussi punis les propos glorificateurs des actes de collaboration qualifiés infractions par l'article 1er de l'ordonnance du 28 novembre 1944[250], c'est-à-dire les *« faits commis entre le 16 juin 1940 et la date de la Libération qui constituent des infractions aux lois pénales en vigueur le 16 juin 1940, lorsqu'ils révèlent l'intention de leur auteur de favoriser les entreprises de toute nature de l'ennemi »*.

---

246 En 1951, cette liberté était contenue dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 renvoyant à la Déclaration des Droits de l'Homme et de Citoyen de 1789.

247 Jean-Marie GONNARD, « Presse – Provocation aux crimes et aux délits », op. cit., p. 8. L'auteur remarque par ailleurs que l'apologie, telle que définie par le législateur français, comporte nécessairement une coloration politique puisqu'elle néglige les déclarations laudatrices de certains types d'activités antisociales, pourtant rapportés avec maintes détails dans les revues spécialisées (exploits des gangsters, crimes passionnels, etc.).

248 Ainsi, ont été sanctionnés pour apologie de meurtres des partisans ayant glorifié des personnalités anarchistes telles que Ravachol ou Jules Bonnot. Voir notamment Cass. crim., 22 août 1912 (*Bull. crim.*, n° 464, p. 859 ; *Dalloz*, 1914, Jurisprudence, p. 75).

249 Ordonnance précitée note n° 207.

250 Ordonnance portant modification et codification des textes relatifs à la répression des faits de collaboration, *JORF*, 29 novembre 1944, p. 1540.

Les juridictions se sont assez rapidement saisies de cette nouvelle incrimination, comme en témoigne la retentissante affaire[251] Maurice Bardèche[252]. Considéré comme l'un des initiateurs du mouvement négationniste[253], ami de Robert Brasillach avec lequel il était au lycée, l'écrivain fait l'objet d'une première poursuite sur le fondement de l'article 24 alinéa 3 de la loi sur la presse, pour les propos tenus dans *Nuremberg ou la Terre Promise*[254]. Il plaide en faveur de l'Allemagne nazie, déniant aux Alliés la légitimité légale et morale de juger les dirigeants et exécutants du III^{ème} *Reich* pour des actes qu'ils ont « potentiellement » commis[255]. Après de nombreuses tergiversations, les juges finissent par le condamner au printemps 1952[256] à un an d'emprisonnement et 50.000 francs d'amende pour apologie de crimes de guerre. Le livre est également interdit à la vente. Après le rejet de son pourvoi par la Cour de cassation[257], Maurice Bardèche est incarcéré en juillet 1954

---

251 Sur l'affaire Bardèche, Valérie IGOUNET, *Histoire du négationnisme en France*, Seuil, 2000, pp. 37-57 ; Pierre MILZA, *L'Europe en chemise noire. Les extrêmes droites en Europe de 1945 à aujourd'hui*, Flammarion, Coll. Champs, 2004, pp. 160-161.

252 Pour une présentation des ambigüités de la personnalité de cet *« écrivain fasciste »* (selon l'expression même de Maurice BARDECHE dans son ouvrage *Qu'est-ce que le fascisme ?*, Ed. Les Sept Couleurs, 1961, p. 9), voir Ghislaine DESBUISSONS, « Maurice Bardèche, écrivain et théoricien fasciste ? », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* n° 1, janvier-mars 1990, tome 37, disponible **[en ligne]** sur http://www.phdn.org/negation/desbuissons90.html#note1 (consulté le 31 octobre 2013).

253 Nous définirons avec précision le concept de négationnisme dans la seconde partie de notre étude (§380).

254 Maurice BARDECHE, *Nuremberg ou la Terre Promise*, Les Sept Couleurs, 1948, 272p. Par la suite, un second ouvrage dans la même veine sera publié et également décrié, *Nuremberg II ou les faux monnayeurs,* Les Sept Couleurs, 1950, 280p. Il est basé sur le récit et les opinions de Paul Rassinier, militant communiste, socialiste puis anarchiste déporté au camp de Buchenwald, célèbre pour ses propos négationnistes, *« pont entre l'extrême-droite et l'ultra-gauche »* selon Pierre VIDAL-NAQUET (entretien avec François BONNET et Nicolas WEILL, *Le Monde*, 4 mai 1996).

255 Parmi les éléments les plus choquants et fondateurs du mouvement négationniste, soulignons le passage suivant : *« Si la délégation française trouve des factures de gaz nocifs, elle se trompe dans la traduction et elle cite une phrase où l'on peut lire que ce gaz était destiné à « l'extermination », alors que le texte allemand dit en réalité qu'il était destiné à « l'assainissement », c'est-à-dire à la destruction des poux dont tous les internés se plaignaient (...). Il résulte clairement des pièces du procès que la solution du problème juif, qui avait eu l'approbation des dirigeants nationaux-socialistes, consistait uniquement en un rassemblement de Juifs dans une zone territoriale qu'on appelait la réserve juive (...) Et nous n'avons pas le droit d'en conclure davantage que le national-socialisme aboutissait nécessairement à l'extermination des Juifs : il proposait seulement de ne plus les laisser se mêler à la vie politique et économique du pays, et ce résultat pouvait être obtenu par des méthodes raisonnables et modérées.* » Cf. Ibidem, p. 133 et pp. 193-195.

256 CA Paris, 19 mars 1952 ; *Dalloz*, 1952, Jurisprudence p. 694 ; *Gaz. Pal.*, 1952, 1, p. 302.

257 Cass. crim., 11 février 1954 ; *Bull. crim*., n° 71, p. 123 ; *R.S.C.*, 1954, p. 367, obs. HUGUENEY ; *J.C.P. éd. G.*, 1954, I, 7994 ; *Gaz. Pal.*, 1954, 1, p. 131.

à la prison de Fresnes, avant d'être amnistié par le Président René Coty trois semaines plus tard, non sans soulever la grogne d'une large frange de la population française[258].

56. Alors que l'heure est à la reconstruction, l'adoption de l'article 27 de la loi de 1951 est quelque peu surprenante. Pourquoi a-t-on jugé opportun et nécessaire à cette époque d'élaborer une telle disposition ? La réponse se développe en trois aspects.

D'abord, comme nous l'avons déjà signalé, il s'agit là de la traduction dans le domaine juridique de la démarche politique de glorification de l'objet mémoriel « Résistance ».

Ensuite, elle répond manifestement aux dangers de l'émergence d'un néo-pétainisme très virulent, dès la fin des années 1940. A cette période, les tensions sociales sont nombreuses, qui trouvent leur origine dans la pénurie persistante depuis la Libération. De plus, les prémisses de la Guerre Froide ont réamorcé la peur d'un nouveau conflit mondial : *« la vie politique française est dominée par l'anticommunisme qui permet à la droite de s'afficher de plus en plus sans masque »*[259]. Progressivement, les gouvernements successifs glissent vers la droite et participent à la résurgence d'un *« néo-vichysme »*[260] que l'on croyait définitivement enterré. L'extrême droite s'empare des thèses résistantialistes[261], louant la Résistance tout en dénigrant les résistants gaullistes et communistes, responsables selon elle de la guerre civile qui secoue le pays[262]. Elle tente de réhabiliter la figure du Maréchal Pétain, qui a résisté au nazisme tant que cela était objectivement possible. Au surplus, les attaques contre les résistants ne sont pas que verbales mais également juridiques. En effet, plusieurs procès sont engagés contre d'anciens F.T.P. (francs-tireurs et partisans) ou F.F.I., soupçonnés de s'être rendus

---

258 D'ailleurs, cette amnistie présidentielle ne décourage pas les tribunaux d'user de l'article 24 alinéa 3 de la loi de 1881, puisque la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion, quelques années plus tard, de réitérer sa position ferme en condamnant l'auteur d'un texte qui exaltait les victimes de la Résistance et vantait leur grand mérite (CA Paris, 25 février 1959 ; *Dalloz,* 1959, Jurisprudence, p. 552).

259 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 42.

260 Ibidem.

261 Cette fois-ci avec un « t » (voir la distinction déjà évoquée note n° 167).

262 En ce sens, l'ouvrage de Louis-Dominique GIRARD, ancien chef de cabinet de Pétain, *La guerre franco-française*, Ed. André Bonne, 1950, 377p.

coupables d'exactions à la Libération[263]. Ce mouvement est à son apogée en juin 1951, avec les élections législatives. La liste « Union des indépendants républicains », menée par Jacques Isorni, avocat du Maréchal, obtient trois sièges et la mort de Pétain le mois suivant à l'Ile d'Yeu n'enraye pas la dynamique. Le 6 novembre est créée l'Association pour défendre la mémoire du Maréchal Pétain – encore active aujourd'hui – qui se bat pour la révision du procès de son icône[264].

Rappelons enfin que les débats au Parlement sur les politiques amnistiantes sont âpres et divisent les rangs de la Résistance, dont les membres sont répartis dans les différents mouvements politiques. Dans ce contexte, *« pour beaucoup, c'est le monde à l'envers. Alors qu'on décide de l'amnistie des anciens collaborateurs sous prétexte d'unité nationale, on pourchasse d'anciens résistants. (…) Du combat contre l'occupant et ses partisans, certains sont passés sans transition dans le camp des épurés »*[265]. Selon des auteurs[266], l'adoption de l'article 27 constitue une « concession » nécessaire à accorder aux anciens résistants pour obtenir leur appui, d'une importance capitale, pour le vote de l'amnistie générale et des mesures individuelles prévues aux articles 1 à 13 de la même loi.

57. En dernière analyse, mentionnons la présence d'une seconde disposition intéressante au sein du Titre III de la loi du 5 janvier 1951, l'article 28, qui dispose :

> « Sont considérés, au regard de l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881, comme faisant partie des armées de terre ou de mer, les mouvements et réseaux reconnus de résistance. »

---

263 On pense ici à l'affaire Georges Guingouin, ancien chef des F.F.I. de Limoges, accusé d'avoir poussé au meurtre des paysans corréziens et détesté pour avoir créé le tribunal militaire de Limoges en août 1944, responsable d'une quarantaine d'exécutions. Pour de plus amples explications, Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 47.

264 Sous la direction de M[e] Isorni, l'association a présenté huit demandes de révision entre 1950 et 1981, aux Gardes de Sceaux qui se sont succédé. Il s'agissait pour eux de statuer sur la conformité au droit de la demande de révision en elle-même. Les cinq premières ont été jugées recevables mais la révision a été rejetée. Les sixième et septième demandes ont été déboutées au motif que les jugements de la Haute Cour étaient insusceptibles de recours. La dernière a été déclarée recevable par Robert Badinter mais une nouvelle fois la révision n'a pas abouti. Malgré ces échecs, la visibilité donnée par ce « rituel » a été bénéfique à l'association dans son travail de réhabilitation de la pensée pétainiste.

265 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 47-48.

266 Voir notamment Herbert LOTTMAN, *L'épuration – 1943-1953*, traduit de l'anglais par Béatrice VIERNE, Fayard, Coll. Livre de poche, 1986, pp. 530-531.

L'article 30 auquel il est ici fait renvoi incrimine la diffamation, par l'un des moyens listés de l'article 23 de ladite loi sur la presse[267], envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués et les administrations publiques. A partir de 1951, une telle diffamation à l'encontre des *« mouvements et réseaux reconnus de résistance »* devient également susceptible de sanction pénale. Cela n'est pas anodin et ne fait que confirmer la volonté des rédacteurs du texte de « montrer patte blanche » devant un mouvement résistant qu'ils ne peuvent s'aliéner.

58. On le comprend, la période qui débute en France à la Libération manifeste toutes les difficultés politiques et juridiques à gérer *« un passé qui ne passe pas »*[268]. Les deux mouvements complémentaires – oubli des crimes de Vichy, imposition d'une mémoire officielle – n'aboutissent pas au climat apaisé et à l'unité nationale recherchés. Au contraire, ils font ressurgir des contingences idéologiques et communautaires fortes (résistants des différents bords politiques, nostalgiques pétainistes, etc.). D'ailleurs, pouvait-il en être autrement dans un Etat qui se veut « de droit » ?

A la même période, les difficultés sont également nombreuses en Allemagne fédérale mais elles sont d'un autre ordre puisque cet Etat, surveillé, ne peut se permettre d'occulter une partie de son histoire au nom de la réconciliation nationale.

---

267 Par exemple, par voie de discours dans des lieux ou réunions publics ou d'écrits, imprimés, dessins, images et autres supports de l'écrit, de la parole ou de l'image, vendus ou distribués, mis en vente, affichés ou exposés dans des lieux ou réunions publics.

268 Expression issue de l'intitulé de l'ouvrage d'Eric CONAN et Henry ROUSSO, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Gallimard, Coll. Folio – Histoire, 1996, 513p.

SECTION II.

EN ALLEMAGNE : DOUBLE CULPABILITE, « DU DEHORS » ET « DU DEDANS »

> « Le contenu, la densité, l'intensité de la mémoire allemande se trouvent (…) soumis à une sorte de surveillance sourcilleuse. Du dehors et du dedans. »[269]

59. A compter de sa capitulation, l'Allemagne, auteur-vaincu, doit assumer la pleine et entière responsabilité dans le déclenchement de la guerre et le désastre, humain et matériel, qui s'en est suivi. Pour bien comprendre la façon dont elle va endosser ce « fardeau du passé », il convient de rappeler brièvement la situation géo-politique du pays au sortir du conflit[270].

Après la fin du III^{ème} *Reich*, les pouvoirs constitués sont dissous ou suspendus. L'administration du pays est alors prise en charge par les Alliés qui créent à cet effet le Conseil de Contrôle quadripartite[271]. Quatre secteurs géographiques sont organisés et, dans chacun d'eux, la gouvernance est assurée par le général commandant en chef représentant la puissance occupante. Berlin est également divisé en quatre parties. Parallèlement à l'application d'une politique de démilitarisation, les occupants mettent en place des

---

269 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 87, reprenant les propos de Karl JASPERS, *La culpabilité allemande*, op. cit., p. 73.

270 Voir la chorologie esquissée, Introduction générale §17. Pour des synthèses intéressantes, Henry BOGDAN, *Histoire de l'Allemagne, de la Germanie à nos jours,* Ed. Perrin, Coll. Tempus, 1999, qui y consacre son dernier chapitre ; Joseph ROVAN, *Histoire de l'Allemagne des origines à nos jours*, Seuil, Coll. Points – Histoire, 1994, p. 767 et suivantes.

271 Cet organe législatif compétent sur l'ensemble du territoire peut adopter des proclamations pour annoncer des faits ou des actes d'une importance exceptionnelle pour les Alliés ou le peuple allemand, des lois d'ordre général, des ordres pour imposer des exigences à l'Allemagne, des directives pour faire connaître la ligne de conduite et les décisions administratives, et des instructions à l'encontre d'une autorité en particulier. Voir la Directive n° 10 du 22 septembre 1945, *Journal officiel du Conseil de Contrôle en Allemagne*, 1945, p. 38.

mesures de dénazification (*Entnazifizierung*) pour traduire en justice ceux qui ont adhéré au parti nazi et épurer le pays de l'idéologie national-socialiste. Et cela n'est pas une mince affaire tant le nazisme est ancré dans l'esprit de la population, qui doit être « rééduquée » à la démocratie. De sucroît, puisque chaque puissance est souveraine dans sa zone, ces processus se déroulent selon des rythmes différents. On observe ainsi des divergences notables dans la gestion de chaque secteur[272].

Ce constat se trouve d'autant plus accentué qu'un antagonisme idéologique entre les trois occidentaux, d'un côté, et l'U.R.S.S., de l'autre, devient très vite palpable. La défiance, qui s'installe avec les prémisses de ce que l'on appellera plus tard « la Guerre Froide », n'est pas sans conséquence sur l'économie allemande souffrant d'une forte inflation. Les puissances occidentales veulent réformer le système[273] afin de permettre le redressement du pays. Cependant, les effets escomptés ne sont pas atteints ; au contraire, cette réforme provoque une crise ouverte. De juin 1948 à mai 1949, Berlin fait l'objet d'un blocus par les Soviétiques, qui finissent par quitter le Conseil de Contrôle Allié[274]. Dans le même temps, la séparation du pays est décidée ; les deux Allemagnes sont édifiées[275], qui se dotent rapidement d'une constitution propre. La *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*[276] entre en vigueur le 23 mai 1949 en R.F.A., tandis que la *Verfassung der Deutschen Demokratischen*[277] est promulguée à l'est le 7 octobre suivant.

---

272 Par exemple, en zone d'occupation américaine, la dénazification passe par une phase de « tri » des Allemands en cinq catégories, allant des principaux coupables aux disculpés, sur la base d'un questionnaire (le *Fragebogen*) (voir infra §130 et §143). A l'est, le traitement est plus radical. De grandes purges ont lieu dans le but affiché d'écarter tous les nazis importants des instances publiques et gouvernementales, ainsi que tous les potentiels adversaires du socialisme.

273 Le *Deutsche Mark* (ci-après D.M.) est créé à l'occasion de cette réforme, le 20 juin 1948.

274 Qui devient Haute Autorité Alliée.

275 L'instabilité croissante en Allemagne démocratique et l'exode des travailleurs vers l'ouest au début de la décennie 1950 conduisent Staline a proposé, en mars 1952, la signature d'un traité de paix entre les quatre « Grands » et l'Allemagne vaincue, prévoyant la réunification, l'établissement de forces armées nationales et le retrait des troupes alliées. Cet appel reste néanmoins lettre morte puisque les occidentaux, tout comme le Chancelier Adenauer, y voient une manœuvre stratégique visant à prendre le contrôle du futur ensemble, trop faible pour se défendre. A défaut de consensus, il ne reste qu'à fermer les frontières par la construction du mur de Berlin pour *« protéger le socialisme »*. Cf. Albrecht FUNK, « Les mythes du contrôle : la frontière orientale de la République Fédérale d'Allemagne au tournant des années 1990 », *Cultures et Conflits* n° 26-27, 2001, **[en ligne]**. Disponible sur http://conflits.revues.org/365 (consulté le 8 janvier 2014).

276 *BGBl* 1949, I, S., p. 1478. Pour des extraits du texte adopté, voir annexe n° II, sur cd.

277 *Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik* 1949, pp. 5-16.

60. Le contexte d'immédiat après-guerre est donc particulièrement délicat dans ce pays qui est non seulement divisé, démilitarisé et occupé, mais encore stigmatisé par tous. En effet, l'Allemagne est désignée comme l'unique coupable des exactions commises sur le continent européen entre 1939 et 1945. Elle doit en supporter les conséquences ce qui se traduit par une double obligation : d'une part, s'acquitter aux yeux du monde d'une responsabilité liée aux atrocités perpétrées par le régime nazi ; d'autre part, à l'intérieur des frontières germaniques, assumer les séquelles de ce passé immédiat.

§ 1. S'ACQUITTER D'UNE RESPONSABILITE INTERNATIONALE

61. Si responsabilité internationale de l'Allemagne il y a, c'est avant tout par l'effet du procès qui se tient dès la Libération, devant le tribunal interallié à Nuremberg[278]. L'idée de créer une telle juridiction est née très tôt au cours du conflit[279] et s'est officialisée avec la

---

278 La littérature sur le procès est considérable. Parmi les ouvrages dont les auteurs étaient aussi acteurs à Nuremberg : Henri DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *R.C.A.D.I.*, tome 70, Sirey, 1947, pp. 481-581 ; Serge FUSTER dit CASAMAYOR, *Nuremberg – 1945 : la guerre en procès*, Stock, 1985, 201p. ; Telford TAYLOR, *Procureur à Nuremberg*, traduit de l'américain par Marie-France PALOMERA, Seuil, 1995, 709p. ; Robert FALCO, *Juge à Nuremberg. Souvenirs inédits du procès des criminels nazis*, Nancy, Ed. Arbre Bleu, 2012, 174p. Parmi les autres écrits, relevons Gustave GILBERT, *Le Journal de Nuremberg*, traduit de l'anglais par Maurice VINCENT, Flammarion, 1948, 443p. ; Léon POLIAKOV, *Le procès de Nuremberg*, Julliard, Coll. Archives, 1971, 289p. ; Jean-Marc VARAUT, *Le procès de Nuremberg*, Perrin, 1992, 419p. ; Annette WIEVIORKA, *Le procès de Nuremberg*, Liana Levi, Coll. Piccolo, 2006, 312p. Pour une présentation succincte, François DE FONTETTE, *Le procès de Nuremberg*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 1996, 127p.

279 Sur les déclarations politiques et les actes juridiques subséquents, Didier REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, Coll. Précis, 1ère éd., 2012, pp. 488-492 ; voir également la présentation synthétique de Maurice TOURNIER, *Des noms et des gens en guerre,* Tome II – De la Seconde Guerre mondiale aux génocides (1939-1945), L'Harmattan, Coll. Langue et parole, 2013, p. 214.

Dès le 17 avril 1940, les gouvernements français, polonais (en exil) et anglais dénoncent *« la persécution des Polonais, le traitement atroce infligé à la communauté juive en Pologne »*. Par la suite, le 25 octobre 1941, Winston Churchill évoque *« parmi les buts majeurs de la guerre »* le châtiment rapide des crimes commis dans les pays occupés par l'Allemagne (déclaration reproduite et traduite dans l'ouvrage d'Eugène ARONEANU, *Le crime contre l'humanité*, Dalloz, 1961, p. 275). La déclaration de Saint James est signée le 13 janvier 1942 par les dirigeants des pays occupés et des gouvernements en exil à Londres, dans laquelle les signataires affirment *« [placer] parmi leurs principaux buts de guerre le châtiment par le moyen de la justice organisée des responsables de ces crimes »*. De même, une déclaration interalliée en date du 17 décembre 1942, publiée simultanément à Londres, Moscou et Washington, condamne le dessein d'Hitler d'exterminer les Juifs et indique la volonté commune de *« châtier les coupables à la mesure de leurs forfaits »* (sur ce point, Gerhard E. GRÜNDLER et Arnim VON MANIKOWSKY, *Nuremberg, la justice des vainqueurs*, traduit de l'allemand par Herbert LUGERT,

Déclaration de Moscou d'octobre 1943[280]. Mais la décision définitive est prise durant l'été 1945 par les représentants des Etats-Unis, de l'Union soviétique, de la France et de la Grande-Bretagne réunis à Londres pour décider quels criminels seront jugés et pour quels crimes. Si les Américains tiennent à la répression des crimes contre la paix, les autres avancent la nécessité impérieuse de sanctionner les violations des lois et coutumes de la guerre[281]. Après deux semaines de débats, les délégués élaborent le statut du tribunal militaire international, annexé à l'Accord quadripartite de Londres du 8 août 1945[282], dans lequel ils optent pour l'inclusion de ces deux incriminations (article 6a[283] et b[284] du statut) et la création d'une troisième, le crime contre l'humanité, à l'article 6c[285].

Robert Laffont, 1969, p. 52). Toutefois, la nature et les moyens du châtiment ne sont pas plus explicites que dans la déclaration de Saint-James.

280 Le 30 octobre 1943, en même temps qu'est créée la « Commission des crimes de guerre des Nations-Unies », les trois ministres des Affaires étrangères des Alliés rédigent la Déclaration de Moscou (Cf. « Great Britain - Soviet Union - United States : Tripartite Conference in Moscow. Anglo-Soviet-American Communiqué, November 1, 1943 », *The American Journal of International Law* n° 1, vol. 38, supplément Official Document, janvier 1944, pp. 3-8). Ce texte différencie deux types de criminels de guerre : ceux qui ont commis leurs crimes en un seul pays et ceux dont les actes ont eu lieu dans différents pays. Si les premiers doivent être jugés par le pays dans lequel les crimes ont été perpétrés, les autres doivent être punis *« en vertu d'une décision commune des gouvernements alliés »*. L'envergure géographique des crimes est donc mise en avant, parfois au détriment de leur ampleur matérielle.

281 Stéphanie SCHLÜCHTER, « Le procès de Nuremberg et les autres procès des camps de concentration d'Allemagne de l'ouest », **[en ligne]**. Disponible sur le site « Pratiques de l'histoire et dévoiements négationnistes » http://www.phdn.org/archives/www.tacite.ch/doc/Histoire%20%28site%29/Recherches%20academiques/Travaux%20de%20maturite/11Nuremberg.pdf (consulté le 17 décembre 2013).

282 Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, dans lequel sont énumérés les principes de droit international appliqués à Nuremberg (notamment disponible **[en ligne]** sur http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=6AA5276A7884D0DEC12563140043A8DB, consulté le 17 décembre 2013).

283 Art. 6a : *« 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 de 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 ».*

284 Art. 6b : *« 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 ou 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 ».*

285 Art. 6c : *« 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*

62. Le choix de l'installation du tribunal à Nuremberg est symbolique. C'est un haut lieu du nazisme qui a accueilli plusieurs congrès du parti et vu les militaires parader dans son stade. C'est aussi dans cette ville qu'ont été proclamées les lois racistes de 1935, plus connues sous l'appellation « Lois de Nuremberg »[286]. Par ailleurs, d'un point de vue strictement logistique, on y trouve des locaux de grande taille et suffisamment en bon état pour que soit organisé le procès. Il s'y déroulera entre le 20 novembre 1945 et le 10 octobre 1946, sous la direction d'une cour composée de juges des quatre puissances alliées[287], avec des représentants du ministère public issus des mêmes Etats[288] et devant de nombreux journalistes.

63. Cette instance a pu être interprétée comme ouvrant la voie à une responsabilité de l'Allemagne dans son ensemble[289], non seulement de ceux qui ont agi sur ordre mais encore de ceux qui, sans participer, ont laissé faire. Il a même été question d'une responsabilité pénale étatique[290] mais cette hypothèse n'a finalement pas été retenue par la

---

été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime entrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

286 *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* (loi pour la protection du sang et de l'honneur allemands), *Reichsbürgergesetz* (loi sur la citoyenneté) et *Reichsflaggengestz* (loi sur le drapeau du *Reich*) adoptées par le *Reichstag* à Nuremberg le 15 septembre 1935 (*RGBl*, 1935, I, pp. 1145-1146).

287 Chaque puissance a nommé un juge et un suppléant : Francis Biddle et John Parker pour les Etats-Unis, le professeur Henri Donnedieu de Vabres et Robert Falco pour la France, Justice Lawrence et Normann Birkett pour la Grande-Bretagne, le major général Iona T. Nikitchenko et lieutenant-colonel A.F. Volchov pour l'Union soviétique.

288 Chaque procureur est entouré d'une équipe de procureurs adjoints et d'avocats généraux ou de substituts pour les aider dans leur tâche. Annette WIEVIORKA fait remarquer que si seuls quatre pays ont des représentants, chacun d'entre eux parle aussi pour d'autres nations, qui ont également adhéré à l'Accord de Londres. L'U.R.S.S. évoque ainsi pour les pays libérés de l'est et notamment les pays slaves : la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Serbie, la Slovénie, la Biélorussie et l'Ukraine. La France s'avance au nom des pays libérés de l'ouest : Belgique, Pays-Bas, Norvège, Luxembourg. En tout, dix-sept pays sont donc indirectement représentés. Voir *Le procès de Nuremberg*, op.cit., p. 53.

289 On parle de *Schuldfrage*, c'est-à-dire d'une certaine forme de responsabilité collective.

290 Dans son réquisitoire introductif au procès de Nuremberg, le représentant du ministère public français François DE MENTHON a affirmé : *« Pour que nous puissions espérer fonder progressivement sur la morale et le droit international une société internationale dans la libre coopération des peuples, il est nécessaire qu'après avoir prémédité, préparé, déclenché une guerre d'agression qui provoqua la mort de millions d'hommes et la ruine d'un grand nombre de nations, après avoir ensuite accumulé les crimes les plus odieux au cours des années d'hostilité, l'Allemagne nazie soit déclarée coupable et ses dirigeants et principaux responsables sanctionnés comme tels. (...) La condamnation préalable de*

juridiction interalliée. Cette dernière a préféré engager des responsabilités individuelles et une responsabilité *sui generis* à l'égard des organisations criminelles. Reste qu'à la suite du procès, c'est bien l'Etat allemand qui a du assumer les conséquences civiles des exactions du III^{ème} *Reich*.

A. LA RESPONSABILITE PENALE DES INDIVIDUS

64. Classiquement, à Nuremberg, la première responsabilité pénale engagée par les Alliés est individuelle. Cela est d'ailleurs indiqué explicitement dans l'article 6 alinéa 2 qui dispose :

> « Les actes [qui sont ensuite décrits], ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du tribunal et entraînent une responsabilité individuelle. »

Cette affirmation, qui peut paraître aujourd'hui inutile puisque évidente, a pour but à l'époque d'écarter l'éventuelle objection tenant à l'absence de responsabilité individuelle pour la commission d'actes contraires au droit international. En effet, aucun instrument conventionnel en vigueur ne prévoit de sanction personnelle pour sa violation. Les normes de comportements élaborées avant 1945, qui procèdent principalement du droit de la guerre, ont pour destinataires immédiats les Etats[291]. *« La responsabilité pénale des individus [n'est] nulle part mentionnée et les Etats ne [se sont] engagés que rarement à réprimer dans leur droit interne les actes individuels correspondant »*[292]. Il s'agit donc

---

l'Allemagne nazie par votre Haut Tribunal sera un premier enseignement pour [le peuple allemand] et constituera le meilleur point de départ du travail de révision des valeurs et de rééducation qui devra être son grand souci dans les années qui viennent » (Cf. *Le procès de Nuremberg. L'accusation française*, Tome I – Exposé introductif par M. François de Menthon, Office français d'édition, Coll. Documents pour servir à l'histoire de la guerre, 1947, p. 7 et suivantes). Pour des explications sur ce point, Henri DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », op. cit., pp. 559-573.

291 A titre d'illustration, la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre signée à La Haye le 18 octobre 1907 se limite à instaurer la responsabilité civile des Etats parties dans son article 3.

292 Voir sur ce point Hervé ASCENSIO, « Souveraineté et responsabilité pénale internationale », *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit – Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, p. 607.

d'écarter tout moyen de défense qui consisterait à exciper que seuls les Etats sont sujets de droit international, à l'exception des personnes physiques.

Le TMI doit faire face à une difficulté importante, celle de justifier que la violation d'obligations imposées aux Etats puisse engager la responsabilité individuelle des inculpés. Cela nécessite un renversement de la conception classique de la responsabilité internationale de l'Etat, qui consiste à imputer à cette entité collective les exactions de certains de ses nationaux. *« La possibilité de punir (...) suppose au préalable que l'obligation ait été transmise, à travers l'engagement de l'Etat, aux individus »*[293]. Après avoir affirmé que le droit international impose depuis longtemps des devoirs aux personnes physiques[294], la juridiction indique donc que les crimes sont avant tout commis par ces dernières, qui doivent pour cela être punies. En faisant application de cette théorie, elle balaye les oppositions et pose *« un principe nouveau de responsabilité individuelle pour commission d'un crime international »*[295].

65. En ce qui concerne la compétence du tribunal, l'article 1er du Statut, qui reprend une expression issue de l'intitulé de l'Accord de Londres, vise les *« grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe »*, c'est-à-dire ceux dont les exactions n'ont pas de localisation géographique précise[296]. Le TMI est habilité à juger les plus hauts dignitaires du nazisme qui ne relèvent d'aucune juridiction nationale particulière. C'est pourquoi la Commission d'instruction et de poursuite a mis en accusation vingt-quatre responsables choisis parmi les figures du gouvernement d'Hitler, pour la plupart de nationalité allemande[297]. Ainsi poursuit-on Hermann Göring, créateur de la *Luftwaffe*, président du *Reichstag* et successeur désigné du *Führer*, Rudolf Hess, ami intime de ce dernier et numéro deux du régime, Julius Streicher, directeur du journal de propagande nazie *Der*

---

293 Ibidem, p. 608.

294 Voir *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, Office français d'édition, Coll. Documents pour servir à l'histoire de la guerre, 1946, p. 61.

295 Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 514.

296 Conformément à la distinction établie dans la Déclaration de Moscou, voir supra note n° 275.

297 Deux sont de nationalité autrichienne : Ernest Kaltenbrunner, responsable du *Reichssicherheitshauptamt* (office suprême de sécurité du *Reich*) et Arthur Seyss-Inquart, commissaire du *Reich* aux Pays-Bas.

Stürmer, ou encore Joachim von Ribbentrop, ministre des Affaires étrangères, et Franz von Papen, ambassadeur à Vienne puis à Ankara. Sont également sur le banc des inculpés des fonctionnaires de premier plan tels que Martin Bormann, chancelier du parti[298]. L'industrie de l'armement est aussi « représentée » en la personne d'Albert Speer, de même que l'armée avec Wilhelm Keitel, commandant de la *Wehrmacht.* Cinq chefs territoriaux sont jugés, parmi lesquels Baldur von Schirach, chef de la jeunesse hitlérienne puis chef territorial à Vienne, et Albert Rosenberg, idéologue national-socialiste en charge des territoires de l'est.

Les audiences, débutées le 21 novembre 1945, prennent fin le 31 août 1946. La culpabilité des accusés est exprimée le 1er octobre au matin : trois sont acquittés, dix-neuf sont condamnés[299]. Parmi eux, dix sont reconnus responsables d'avoir commis à la fois des crimes contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité[300]. Quant aux peines prononcées, les juges décident de douze condamnations à mort[301] et sept à des peines de prison, à temps[302] et à perpétuité.

66. La culpabilité reconnue par le TMI est donc avant tout individuelle ; elle atteint les dirigeants poursuivis et cela n'a rien d'étonnant. Comme le rappelle Hannah Arendt, *« la*

---

298 Ce dernier n'a pas été retrouvé, ce qui n'entrave pas son inculpation puisque le Statut prévoit expressément la possibilité de poursuite et jugement *in absentia* (art. 12). Il a été établi plus tard que Martin Bormann est mort à la fin de la bataille de Berlin, en mai 1945.

299 Un accusé (Gustav Krupp) a été considéré comme inapte au jugement ; un autre (Robert Ley) s'est suicidé avant le début des interrogatoires.

300 L'accusation avait requis contre vingt-trois des accusés, en plus des trois qualifications de l'article 6, celle de complot (visée à l'article 6 *in fine* : *« les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan »*). Cette conception n'a pas été reprise par le TMI, qui n'a envisagé le complot que pour établir l'existence des crimes contre la paix. Il a montré que l'organisation d'un complot dès la mise en place du régime nazi, avec pour objectif la guerre d'agression, caractérisait la préméditation, élément intentionnel déclencheur de la qualification infractionnelle. *« Préméditation et préparation, voilà des éléments essentiels de la guerre. (...) Préparation et exécution ne forment qu'un seul crime : la guerre d'agression »* (*Le procès de Nuremberg. Le verdict*, op.cit., p. 63). Pour des explications, Didier REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., pp. 509-510.

301 Dont une par contumace pour Martin Bormann. Les exécutions par pendaison ont lieu dans la nuit du 16 octobre 1946.

302 Entre dix et vingt ans.

culpabilité ou l'innocence n'ont de sens qu'appliquées à des individus »[303]. Mais la juridiction interalliée ne s'est pas arrêtée là. Elle a cherché une manière inédite de prendre en considération le nouveau phénomène de criminalité de masse, visible pendant la Seconde Guerre mondiale.

B. LA RESPONSABILITE PENALE *SUI GENERIS* DES ORGANISATIONS CRIMINELLES

67. Comment réprimer toutes les personnes impliquées dans la commission des atrocités décrites ? Il apparaît très vite impossible d'établir la culpabilité de chacun tout en respectant les règles probatoires traditionnelles. *« Le souci de surmonter le défaut de preuve individualisée [met] en exergue le besoin d'une nouvelle technique d'imputation de la responsabilité pénale à l'individu en dehors du paradigme binaire auteur/complice »*[304]. Sur proposition de la délégation américaine[305], la solution à cette problématique est trouvée dans le concept de « groupe criminel ». En stigmatisant un groupe comme criminel, le TMI peut rendre pénalement responsable tout individu qui en a fait partie, sans qu'il soit nécessaire d'apporter des preuves supplémentaires de participation personnelle à la réalisation des crimes. En somme, une nouvelle infraction est créée, le *« délit d'appartenance »*[306]. L'article 9 du Statut de Nuremberg dispose :

---

303 Hannah ARENDT, *Responsabilité et jugement*, traduction française de Jean-Luc FIDEL, Ed. Payot, Coll. Petite bibliothèque, 2009, p. 70.

304 Ahmed Fathy KHALIFA, *Les techniques d'imputation devant les juridictions internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 2012, p. 239.

305 Idée de *conspiracy* développée par Robert Jackson (voir notamment Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1960, publiée à la L.G.D.J., 1960, p. 50). Didier REBUT met en avant l'hypothèse qu'elle lui aurait été inspirée par l'arrêt Ex parte Quirin de la Cour Suprême des Etats-Unis en 1942 n° 317 U.S. 1 (1942), qui avait trait à des poursuites contre des espions allemands des chefs de violation du droit de la guerre et de complot en vue de ces violations. Cf. *Droit pénal international*, op. cit., p. 502.

306 Expression souvent utilisée par la doctrine, notamment Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 440 et suivantes ; Jean-François ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2002, p. 321 ; Mireille DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs : Les Forces imaginantes du droit*, vol. 4, Seuil, Coll. La Couleur des idées, 2011, p. 107.

> « Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconque, 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 appartient était une organisation criminelle. »[307]

68. Gardons-nous d'une interprétation hâtive de cette criminalisation des groupements ou organisations. *« Ce sont des hommes et pas des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international »*[308]. Les juges n'ont pas le pouvoir de condamner et sanctionner les organisations elles-mêmes. A travers l'incrimination du délit d'appartenance, les Alliés entendent imposer une peine non au groupe en tant qu'entité mais aux membres du groupe pris individuellement. *« L'objectif [est] de parvenir à faire la distinction entre ceux des citoyens allemands qui [ont] pris part à la commission des atrocités et les autres. Le but (...) [est] de présenter un cadre dans lequel les individus puissent encourir les conséquences de leur responsabilité »*[309]. D'ailleurs, le TMI a refusé l'idée selon laquelle *« une organisation pouvait être déclarée criminelle dans son ensemble »*[310]. Il a pris soin d'exclure du champ de la pénalisation les personnes ayant adhéré au groupe sans en connaître le caractère répréhensible et celles qui n'occupaient pas des postes permettant de se livrer à l'activité délictueuse.

69. Ces précisions posées, il convient de s'arrêter sur les conditions de la mise en cause d'une organisation ou d'un groupement. Concrètement, à Nuremberg, six groupements ont

---

307 C'est la première fois que le droit international prévoit la déclaration de criminalité d'un groupe. Cela fait de cette disposition un texte rétroactif puisqu'il s'applique à des faits révolus, contraire au principe de légalité criminelle. Mais cette question, très peu débattue, n'a pas retenu l'attention lors du procès. Sur ce sujet, Semih OZMERT, *La notion d'organisation criminelle dans le jugement de Nuremberg*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1952, p. 110 et suivantes.

308 Affirmation du TMI, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International : Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946 - Texte officiel en langue française*, Tome VIII, édité par le Tribunal, 1947, p. 359. Cela valide la théorie selon laquelle *« le pouvoir accordé au Tribunal servait à toute autre chose qu'à imputer la responsabilité à des personnes morales »* (Ahmed Fathy KHALIFA, *Les techniques d'imputation devant les juridictions internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, op. cit., p. 242).

309 Ibidem, p. 243.

310 Sofiène BOUIFFROR et Claire DERYCKE, « Les organisations criminelles », in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (sous la dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 170.

fait l'objet d'une demande de déclaration de criminalité de la part de l'accusation : le corps des chefs politique du parti nazi, les *Schutzstaffeln* (*S.S.*), les *Sturmabteilungen* (*S.A.*), le Cabinet du *Reich*, le Haut Commandement des forces armées allemandes ainsi que, ensemble, le *Sicherheitsdienst* (*S.D.*) et la *Gestapo* en raison de leur étroite collaboration et de leur réunion officielle sous une même direction dès 1939[311]. Néanmoins, le jugement prononcé le 30 septembre 1946 n'a conclu à la responsabilité que de trois d'entre eux : l'assemblée des hauts dirigeants, la *S.S.* et le groupement *S.D.-Gestapo*[312]. Aucune explication à cette distinction n'est apportée par l'article 9, dont la formulation est large. En revanche, la jurisprudence est éclairante en ce qu'elle délimite la notion de « groupe » et fixe les critères de vérification de son caractère criminel[313].

S'agissant de la notion de groupe, il semble que les magistrats du siège aient adopté une conception de bon sens[314], conforme à la suggestion faite par le ministère public. L'organisation ou le groupement se définit comme *« une union de personnes ayant entre elles un lien reconnaissable et un but général collectif »*[315]. Autrement dit, l'existence d'une structure juridique, administrative ou hiérarchique précise n'est pas exigée. Il suffit de constater que les membres *« sont liés les uns aux autres et organisés en vue d'un but commun »*. Dès lors, deux éléments sont à démontrer : la poursuite d'un objectif identique et la présence d'un certain cadre, à tout le moins informel.

---

311 Regroupement de la *Gestapo* et du *S.D.* approuvée par les juges. Voir *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International : Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946 - Texte officiel en langue française*, Tome I, Jugement, édité par le Tribunal, 1947, p. 277.

312 L'Etat-Major et le Haut Commandement ne sont pas, aux yeux des juges, des groupes au sens du Statut. En effet, ces entités visaient la coordination des opérations sur le terrain et aucune indication ne permet d'affirmer que les réunions qu'elles ont tenues aient constitué une organisation disposant d'une existence propre (Ibidem, p. 292). Une partie de la doctrine critique ce positionnement pour son manque de clarté, notamment Stanislaw POMORSKI, « Conspiracy and criminal organisation », in George GINSBURGS et V.N. KUDRIATSEV, *The Nuremberg trial and International law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 245.

313 Notons que la partie du jugement consacrée aux organisations adopte une démarche particulièrement pédagogique. Elle comprend trois paragraphes destinés à expliquer, pour chaque groupe déclaré criminel, sa structure et sa composition, ses buts et missions et son activité infractionnelle. Il faut encore ajouter un quatrième paragraphe qui contient le dispositif de déclaration de criminalité. Voir *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International*, Tome VIII, op. cit., p. 371.

314 Partageant cette opinion, Ahmed Fathy KHALIFA, *Les techniques d'imputation devant les juridictions internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, op. cit., p. 245.

315 Ibidem.

Quant au caractère criminel[316], il renvoie avant tout à l'idée de crimes commis à grande échelle. En effet, le TMI a choisi de se fonder sur les comportements de l'ensemble des individus membres du groupe, et non exclusivement de ceux traduits devant lui[317]. Il est impératif de prouver que les personnes sont impliquées, à titre de membres, dans la perpétration des crimes de l'article 6. A cet égard, peu importe que la commission de l'infraction ait été le but originel du groupe ou un simple moyen au service d'une politique plus vaste potentiellement licite. Partant, sont considérés comme criminels l'application d'un programme de travail forcé, les mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre, la persécution des Juifs, etc.

70. On le comprend, à l'issue du procès international, les juges ont reconnu une double responsabilité pénale, individuelle et *sui generis* de groupe. Cette posture a trouvé en Allemagne des prolongements dans la jurisprudence rendue en vertu de l'article 2 §1 (d) de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié, promulguée en décembre 1945[318]. En effet, cette disposition reprend la possibilité offerte par l'article 10 du Statut qui dispose :

> « Dans tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupement ou d'une organisation, les autorités compétentes de chaque Signataire auront le droit de traduire tout individu devant les tribunaux nationaux, militaires ou d'occupation, en raison de son affiliation à ce groupement ou à cette organisation. »

La difficulté tient au fait que cette disposition conventionnelle ne précise pas la nature de la responsabilité encourue par le membre de l'organisation criminelle : soit il s'agit d'une responsabilité pour crimes commis par l'organisation, présumant une participation

---

316 L'imprécision du Statut à ce sujet soulève la critique. En plus d'être rétroactif, l'article 9 ne satisfait pas le principe de légalité des délits et des peines puisque la détermination de ce qui est criminel est laissé à la libre appréciation des juges.

317 S'il est vrai que le Statut ne permet la mise en examen d'une organisation qu'à la condition qu'un de ses adhérents soit déféré devant le tribunal, ce n'est qu'une clause de compétence. La déclaration de criminalité, elle, dépend de l'examen des activités de tous les membres.

318 Soit avant que le TMI rende son jugement et définisse le délit d'appartenance, d'où l'idée que l'article 2 §1 (d) ne prévoit la compétence des tribunaux pour une *« incrimination-cadre »* selon Henri MEYROWITZ (*La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 71). Nous reviendrons dans le détail sur le contenu de cette loi en termes d'incriminations et de répartition du contentieux dans le chapitre suivant (§120 et suivants).

quelconque du membre à ces infractions, soit la poursuite porte sur l'appartenance en tant qu'incrimination autonome, engendrant une responsabilité indépendante de celle des crimes perpétrés. Sur ce point, le jugement rendu par le TMI n'a pas été satisfaisant. S'il a établi les éléments permettant de définir « l'appartenance »[319], il a refusé de traiter directement la responsabilité découlant de celle-ci[320]. Cette même incertitude se retrouve à la lecture des dispositions de la loi n° 10 applicables outre-Rhin[321]. D'un côté, l'affiliation à une organisation déclarée criminelle est envisagée comme une infraction en soi[322] ; d'un autre côté, l'appartenance à un tel groupe s'apparente à une technique d'imputation de la responsabilité pour les crimes de guerre, contre la paix et contre l'humanité[323].

Les juridictions allemandes[324] ont tranché ce débat. Elles ont clairement affirmé que la responsabilité de l'individu pour appartenance à un groupe criminel découle d'une incrimination autonome : *« le membre « sachant » est puni pour avoir, par son*

---

319 Elément objectif, tenant à la qualité de membre donné à un individu, et élément subjectif, procédant du caractère volontaire de l'appartenance et de la connaissance des buts et activités criminelles du groupe en question. Pour des explications, Ibidem, pp. 436-440 ; Ahmed Fathy KHALIFA, *Les techniques d'imputation devant les juridictions internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, op. cit., pp. 250-254.

320 Au demeurant, s'il n'avait pas gardé le silence sur ce point, le TMI serait sorti de sa compétence. Ibidem, p. 256.

321 Sur les termes du débat, Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., pp. 127-128.

322 Art. 2 §1 (d) de la loi n° 10.

323 Art. 2 §2 (e) de la même norme : *« toute personne (…) est considérée comme ayant commis des crimes [de guerre, contre la paix ou contre l'humanité] (…) si elle (…) a été membre de toute organisation ou de tout groupe impliqué dans l'accomplissement de tels crimes »*.

324 Plus particulièrement les juridictions spéciales créées en zone britannique (les *Spruchgerichte* de première instance et *l'Oberste Spruchgerichtshof*, unique juridiction d'appel). En effet, le gouvernement militaire britannique est le seul à avoir mis en place une répression effective du délit d'appartenance par la voie pénale, grâce à l'adoption de l'ordonnance n° 69 du 31 décembre 1946 (*Military Government Gazette Germany, British Zone of Control* n° 16, p. 405). Dans les autres zones, soit l'incrimination de l'affiliation à une organisation criminelle est restée lettre morte, soit sa répression a été confondue avec l'entreprise de dénazification, soit elle a été l'accessoire de la pénalisation des crimes de guerre, contre la paix ou contre l'humanité. *« Au gouvernement militaire britannique revient ainsi le mérite d'avoir sauvé l'existence et l'authenticité juridiques du délit d'appartenance »* (Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 130 et p. 450).

appartenance, renforcé pour l'avenir le potentiel de son organisation »[325]. En conséquence, elles ont pu retenir un cumul d'infractions entre l'appartenance au groupe et la commission d'un ou plusieurs autres crimes attribués à celui-ci. La jurisprudence présente ainsi des cas de poursuites séparées contre un même individu pour les deux types de comportements et, plus singulier encore, des cas de cumul de sanctions[326].

71. Prenant acte de la sentence de Nuremberg et de ses suites outre-Rhin, des auteurs ont émis l'hypothèse d'une culpabilité qui s'appliquerait à la population allemande toute entière[327]. Ainsi, Karl Jaspers[328] distingue la culpabilité *« criminelle »*, retenue par le TMI à l'encontre des seules personnes poursuivies et jugées, de la culpabilité *« morale »*, d'une part, et de la culpabilité *« politique »*, d'autre part.

La culpabilité morale relève des rapports internes entre la volonté et les devoirs. Elle se présente comme la reconnaissance par une personne de ses erreurs, notamment des abstentions coupables *« faute d'avoir saisi n'importe quelle occasion d'agir pour protéger ceux qui se trouvaient menacés*, *pour diminuer l'injustice*, *pour résister »*[329]. La valorisation des « justes » et des « injustes » par le procès a mis en valeur ce niveau spécifique de responsabilité, tenant au refus de l'intolérable.

---

325 Ibidem, p. 465 et suivantes. Cette théorie est également partagée par Henri DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », op. cit., p. 533.

326 Pour une présentation des peines infligées et un bilan statistique des condamnations, Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 465 et suivantes.

327 Par exemple Henri DONNEDIEU DE VABRES qui estime que *« dans l'œuvre terrifiantes des organisations criminelles, on trouve, avec la marque d'un homme et d'un parti, celle d'un peuple dont la passivité, la plasticité, l'instinct grégaire, s'allient à une certaine brutalité ancestrale, au goût du « Kolossal », du démesuré »*. Voir « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », op. cit., p. 561.

328 Karl JASPERS, *La culpabilité allemande*, op. cit., première approche pp. 59-60 puis approche détaillée p. 93 et suivantes.

329 Ibidem, p. 129. L'auteur explique à ce sujet que : « *Même lorsqu'on se soumettait par impuissance, il restait toujours du peu permettant une activité, certes non exempte de danger, mais que la prudence pouvait pourtant rendre efficace. On se reconnaîtra, en tant qu'individu, moralement coupable d'avoir par crainte laissé échapper de telles chances d'agir* ».

Quant à la culpabilité politique, elle procède des actes commis par les hommes d'Etat et du fait qu'en tant que citoyen, tout individu se doit d'assumer les actes accomplis par cet Etat[330]. C'est pourquoi « *il y a forcément responsabilité collective en tant que responsabilité politique des ressortissants d'un Etat* »[331], puisque le citoyen ne peut profiter d'un pouvoir sans en assumer la contrepartie. A la suite du philosophe allemand, d'aucuns en déduisent que la population germanique entière est pointée du doigt, comme étant aussi responsable des crimes commis par les dirigeants dont la culpabilité a été pénalement sanctionnée par le tribunal militaire.

D'où la conclusion d'Alfred Grosser : *« les Occidentaux mirent tout le monde en accusation (...). On donnait surtout ainsi l'impression (...) qu'on attribuait au peuple allemand une culpabilité collective »*[332], morale et politique.

72. Ce postulat s'est d'ailleurs vérifié dans les faits. Certes, en pratique, la responsabilité pénale (*Schuld*) n'a été supportée qu'individuellement, par les seuls agents sanctionnés d'une peine. Toutefois, la responsabilité civile (*Haftung*[333]) a, elle, obligé l'Etat – et partant, tous les Allemands – à assumer les conséquences de la faute commise par certains d'entre eux. Cette prise en charge du passé s'est traduite, d'un point de vue matériel, par l'adoption de lois et la signature de traités de réparation des préjudices infligés en application de la politique nazie.

---

330 *« Si toute décence et toute bonne foi ont été détruites dans la politique de l'État allemand, il faut bien que cela ait eu pour raison, entre autres, le comportement de la plus grande partie de la population allemande. Un peuple est responsable de la politique de son gouvernement »*. Idem, p. 112.

331 Idem, p. 114.

332 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 93.

333 Ce mot n'existe pas formellement dans la langue française, mais la doctrine a coutume de le traduire par « responsabilité civile ». Ibidem.

C. LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'ETAT

73. Dès le début des années 1950, l'Allemagne[334] accepte d'endosser le rôle de débiteur d'une dette à caractère international, issue des exactions commises par le III[ème] *Reich*. Cet effort apparaît en effet nécessaire à la restauration de l'Etat allemand dans le concert des nations. Il s'agit de s'acquitter de l'indemnisation des pillages et spoliations perpétrés dans les pays occupés par le régime d'Hitler, ainsi que des expulsions et internements temporaires. Deux pays sont spécifiquement visés, la Pologne et Israël, mais d'autres Etats ont également obtenu gain de cause[335].

74. En ce qui concerne la Pologne, les prémisses de l'indemnisation ont déjà été formulées dans les accords de Yalta du 11 février 1945[336] et de Potsdam du 2 août 1945[337]. Les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et l'U.R.S.S. ont en effet précisé les conditions du démantèlement de l'Allemagne et de l'occupation de son territoire, ainsi que les réparations en nature que ce pays sera tenu de verser[338]. Par application de ces conventions,

---

334 Plus particulièrement l'Allemagne fédérale puisque la R.D.A. refuse toute démarche de restitution. Nous expliquerons les raisons de ce positionnement dans le paragraphe suivant.

335 Nous étudierons ici le versant financier de la politique allemande de réparation des crimes du régime national-socialiste (*Deutsche Wiedergutmachungspolitik*). Un second volet tient à la restitution des œuvres d'art. Les Alliés en ont retrouvées de nombreuses en Allemagne après la capitulation et les ont restituées à leur pays d'origine. Par la suite, le 23 octobre 1954, une convention a été signée entre les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la R.F.A. (*Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen*, aussi dénommée *Überleitungsvertrag, BGBl*, 1955, I, p. 405), qui transfère la responsabilité de la restitution à la R.F.A. Cependant, beaucoup d'œuvres de provenance indéterminée sont parvenues sur le marché international de l'art et dans des collections publiques. On estime à 10.000 le nombre d'objets qui n'auraient pas été rendus à leurs propriétaires légaux (Hannes HARTUNG, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung. Die Restitution der Beute – und Raubkunst im Kollisions – und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Verlag, 2005, p. 44 et suivantes).

336 Accord conclu à l'issue de la Conférence de Yalta qui s'est tenue du 4 au 11 février 1945, entre Staline, Churchill et Roosevelt, dans le but d'adopter une stratégie commune afin de hâter la fin de la guerre, de régler le sort de l'Europe après la défaite du III[ème] *Reich* et de garantir la stabilité du nouvel ordre mondial. Texte disponible **[en ligne]**, sur http://mjp.univ-perp.fr/traites/1945yalta.htm (consulté le 18 décembre 2013). Pour une présentation, « Accord de Yalta », *Notes documentaires et études* n° 664, La Documentation française, 10 juillet 1947.

337 Accord conclu à l'issue de la Conférence de Potsdam qui s'est déroulée entre le 17 juillet et le 2 août 1945, pour fixer le sort des nations ennemies. Texte disponible **[en ligne]**, sur http://mjp.univ-perp.fr/traites/1945potsdam.htm (consulté le 18 décembre 2013). Pour une présentation, « Accord de Potsdam », *Notes documentaires et études* n° 664, La Documentation française, 10 juillet 1947.

338 Markus GABEL, « Revendications des expulsés et réparations de guerre », *Le Courrier des pays de l'Est* n° 1049, 2005/3, p. 31.

la République fédérale[339] vote donc le 14 août 1952 une loi de compensation dite « LAG »[340] (*Lastenausgleichgesetz*) qui vise à verser des réparations pour les dommages de guerre, y compris pour les préjudices subis par les expulsés allemands réfugiés en Pologne[341].

75. Par ailleurs, Konrad Adenauer entame des négociations avec le président Chaïm Weizmann et la Knesset, parlement monocaméral du jeune Etat d'Israël[342], le 9 janvier 1952, pour décider du versement de réparations en compensation de l'intégration des nouveaux immigrants persécutés par les nazis. Participe également aux pourparlers Nahum

---

339 Les revendications n'ont été adressées qu'à la R.F.A. D'ailleurs, le 23 août 1953, le gouvernement communiste de Pologne a déclaré renoncer à demander des réparations à la R.D.A. L'interprétation de cette disposition est toutefois divergente selon les parties, car est formellement désignée « l'Allemagne » et non la R.D.A., de sorte que certains en R.F.A. y ont fait référence pour refuser l'indemnisation. Ibidem, p. 38.

340 *BGBl*, 1952, I, p. 446.

341 Markus GABEL explique que plus de soixante milliards d'euros auraient été dépensés à cet effet et la majeure partie, versée avant 1970. Cf. « Revendications des expulsés et réparations de guerre », op. cit., p. 32.

Il est à noter que cette indemnisation est complémentaire du droit de réclamer le patrimoine perdu ou abandonné lors des expulsions, toutefois, en pratique, la réclamation est difficile. En effet, le droit international estime qu'un préjudice subi par un individu ou un groupe doit être envisagé comme ayant été infligé à l'Etat dont il est ressortissant. Or, d'après la Cour constitutionnelle allemande, ce n'est qu'en vertu de cette « clause » que l'individu ou le groupe pourra saisir les tribunaux d'un Etat étranger, à la condition que l'Etat dont il est issu n'ait pas renoncé à faire valoir ses droits en justice (comme ce serait le cas de la Pologne selon une des interprétations données à la note du 23 août 1953 précitée). De plus, la R.F.A. a choisi de laisser en suspens la question des revendications des expulsés, en faisant valoir pendant longtemps l'absence de traité de paix avec la Pologne. Pour ce faire, elle s'est fondée sur l'Accord de Londres sur les dettes extérieures allemandes signé le 27 février 1953 qui stipule que le paiement des réparations de guerre est reporté à la signature d'un traité de paix, impossible tant que l'Allemagne est divisée. Mais la Pologne n'était pas partie à cette convention... Par la suite, des textes importants ont été adoptés, tel que le Traité de Varsovie conclu avec la Pologne le 7 décembre 1970 (dans lequel le gouvernement allemand a reconnu la ligne Oder-Neisse comme frontière occidentale de l'Allemagne) ou encore, après la réunification, le traité dit « 2 + 4 » signé le 12 septembre 1990 à Moscou entre l'Allemagne, les Etats-Unis, la France, le Grande-Bretagne et l'U.R.S.S. (créant un certain nombre de dispositifs de dédommagement des citoyens de ces pays victimes du nazisme). Mais aucune mention n'y est faite des réparations pour les préjudices subis par les expulsés allemands. Ibidem, pp. 33-34.

342 L'indépendance de l'Etat d'Israël a été proclamée le 14 mai 1948, après l'adoption par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 29 novembre 1947 du « plan de partage de la Palestine » (Résolution n° 181 (II)), qui a mis fin au mandat britannique valant sur ce territoire et en Transjordanie depuis 1920.

Goldmann en tant que fondateur du Congrès juif mondial[343]. Ces discussions aboutissent à l'Accord de Luxembourg[344]. *Primo*, l'Allemagne s'engage à verser des indemnités à Israël, sous forme de marchandises, calculées en tenant compte de la valeur des biens spoliés non restituables faute de propriétaires identifiés ou en vie, et en fonction du coût d'installation d'un émigrant allemand sur le territoire israélien. *Secundo*, ce traité contient l'engagement pris par le président Adenauer de faire adopter de lois internes d'indemnisation et de restitution[345].

L'Etat allemand ne va pas manquer à sa promesse puisque plusieurs normes sont rapidement élaborées dans cette optique :

- Les lois dites « BEG » (*Bundesentschädigungsgesetz*) du 18 septembre 1953[346], 29 juin 1956[347] et 14 septembre 1965[348] : elles accordent une pension aux victimes du nazisme, par exemple les personnes internées dans les camps de concentration, ayant été contraintes de porter l'étoile jaune ou de se réfugier dans la clandestinité.
- La loi dite « BRüG » (*Bundesrückerstattungsgesetz*) du 19 juillet 1957[349] : cette disposition « de remboursement fédéral » prévoit une restitution de la valeur des

---

343 En anglais *World Jewish Congress.* C'est une fédération internationale de communautés et organisations juives fondée en 1936 à Genève et dont le siège se situe à New-York. Elle s'est donnée pour vocation d'être *« le bras diplomatique du peuple juif »*. Cf. sa charte, disponible **[en ligne]** sur http://www.worldjewishcongress.org/en/about (consulté le 18 décembre 2013).

344 Accord sur les réparations allemandes en faveur d'Israël, 10 septembre 1952. Pour une analyse, Paul GINIEWSKI, « Allemagne et Israël. Le traité de réparations israélo-allemand du 10 septembre 1952 », *Politique étrangère* n° 2, 1954, pp. 211-226 (reproduction et traduction des dispositions essentielles p. 222). Une nouvelle version de l'accord a été adoptée en juillet 2012, permettant d'allouer des aides financières aux victimes juives du régime national-socialiste demeurées jusqu'alors sans indemnisation. Sur ce point, voir l'article « 20ème anniversaire de l'accord conclu sur la base de l'article 2 relatif à l'indemnisation des victimes du national-socialisme et 60ème anniversaire de l'Accord de Luxembourg », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/FR/Standardartikel/Themen/Gros_plan_sur_l_Allemagne/Articles/2012-11-14-l-accord-de-luxembourg.html (consulté le 18 décembre 2013).

345 Informations tirées de l'article de Jean LALOUM, « La restitution des biens spoliés », *Les Cahiers de la Shoah* n° 6, 2002/1, pp. 13-58, et synthétisées **[en ligne]** sur http://www.akadem.org/medias/documents/1-Restitutions-indemnisations-Allemagne.pdf (consulté le 18 décembre 2013).

346 *BGBl*, 1953, I, p. 1387.

347 *BGBl*, 1956, I, p. 559.

348 *BGBl*, 1965, I, p. 1315.

349 *BGBl*, 1957, I, p. 734.

biens spoliés parvenus sur le territoire de la R.F.A. ou à Berlin, soit une réparation pécuniaire correspondant au montant des spoliations mobilières.

76. Au-delà de ces textes spécifiques, ce ne sont pas moins de douze accords bilatéraux ou multilatéraux qui sont signés entre 1959 et 1965 avec des Etats européens, en faveur de leurs ressortissants. Ils prévoient généralement le dédommagement des victimes des persécutions nazies, en restant en revanche muets sur la question des dommages causés par la guerre[350]. Ainsi, les victimes des expérimentations médicales réalisées dans les camps, par exemple, ont perçu des indemnités à compter du début des années 1960[351].

Néanmoins, une partie des auteurs fustige l'élaboration pléthorique de textes législatifs et règlementaires en la matière, estimant qu'elle n'a eu en réalité qu'une efficacité limitée. La justice et les administrations se seraient montrées réticentes à la mise en application de ces dispositions alors que, paradoxalement, les mêmes instances auraient été tout à fait enclines à verser des pensions aux veuves des grands coupables nazis[352]. C'est pourquoi, ils mettent en avant que *l'Haftung*, cette « responsabilité civile », doit nécessairement se doubler d'une prise en charge morale du passé, *« par la mémoire acceptée »*[353].

---

350 Markus GABEL, « Revendications des expulsés et réparations de guerre », op. cit., p. 36.

351 Relevons que cet effort de réparation, bien qu'atténué, ne s'est pas arrêté dans les années 1960. Le 17 juillet 2000, a été signé un accord entre les organisations juives et non juives représentatives, dix-sept grandes entreprises allemandes et l'Etat portant création de la fondation « *Erinnerung, Verantwortung, Zukunft* » (mémoire, responsabilité, avenir), dans le but d'indemniser les victimes du national-socialisme et les travailleurs forcés (Cf. Ibidem, p. 37). De même, le gouvernement allemand a annoncé en juin 2014 qu'il verserait des indemnités aux survivants des ghettos juifs (voir un l'article « Victoire : le gouvernement allemand va verser de l'argent aux 40.000 survivants de la Shoah qui ont travaillé dans des ghettos », 11 juin 2014, disponible **[en ligne]** sur http://alyaexpress-news.com/2014/06/victoire-le-gouvernement-allemand-va-verser-de-largent-aux-40-000-survivants-de-la-shoah-qui-ont-travaille-dans-des-ghettos/, consulté le 16 juin 2014).

352 En ce sens, Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 111.

353 Ibidem, p. 93.

§ 2. ASSUMER LE PASSE NAZI

77. Si on revient à la conception de Karl Jaspers, par combinaison des aspects politique et moral de la culpabilité allemande[354], le citoyen est redevable envers les victimes du nazisme, tant par son *« aveuglement devant les malheurs des autres »*[355] que par son mutisme face aux actions criminelles du gouvernement. Ainsi, c'est son absence de réaction, pour aider les persécutés ou pour arrêter les persécuteurs, qui justifie cette culpabilité de la population et non seulement des seuls dirigeants et exécutants. Cette posture, largement répandue, n'est pourtant pas partagée par tous, à l'instar d'Hannah Arendt qui estime qu'il s'agit de la *« quintessence de la confusion morale ».* Selon elle, *« il est injuste de se sentir coupable sans avoir rien fait de spécifique, tout comme il est injuste de se sentir libre de toute culpabilité si on est effectivement coupable de quelque chose »*[356]. Néanmoins, l'auteur ne nie pas que ce phénomène de culpabilité – que l'on pourrait dire « diffuse » dans la population – se soit produit pendant la période d'après-guerre, en Allemagne : *« ceux qui étaient à titre personnel complètement innocents [ont] affirmé les uns aux autres et au monde en général l'ampleur de la culpabilité qu'ils ressentaient, alors que très peu parmi les criminels étaient prêts à admettre même le plus léger remords »*[357].

78. Mais en réalité, tous les Allemands n'ont pas eu à assumer le passé national-socialiste. Les deux Etats allemands se sont très rapidement retrouvés dans une situation de confrontation, parfois virulente, par des prises de position diamétralement opposées. En effet, la R.D.A. a refusé toute filiation avec le III^{ème} *Reich*, au contraire de la R.F.A. qui a accepté d'endosser ce rôle aussi lourd qu'inconfortable, notamment au regard des besoins de « refoulement » suscités par la reconstruction du pays.

---

354 Voir supra §71.

355 Karl JASPERS parle aussi d' *« absence d'imagination du cœur »* et d' *« indifférence intérieure »*. Cf. *La culpabilité allemande*, op. cit., p. 129.

356 Hannah ARENDT, *Responsabilité et jugement*, op. cit., p. 59.

357 Ibidem.

A. L'ALLEMAGNE FEDERALE, HERITIERE EXCLUSIVE

79. Selon Peter Reichel, *« l'Allemagne fédérale a d'emblée supporté l'hypothèque du Reich allemand dont elle se considérait comme le liquidateur (…) et aussi le successeur »*[358]. Certes, le gouvernement ouest-allemand veut marquer la césure avec le régime d'Hitler pour revenir à un Etat respectant les normes démocratiques occidentales. Mais parallèlement, il apparaît indispensable d'assurer la continuité nationale, culturelle et ethnique. Il faut alors supporter pleinement la succession juridique et la responsabilité de l'ensemble des dettes laissées par les dirigeants précédents[359].

Pourtant, les enquêtes d'opinion[360], réalisées au début des années 1950 et portant sur le rapport au passé de l'Allemagne, montrent que la perception populaire de l'histoire immédiate comporte plusieurs facettes. Elle est empreinte à la fois de réalisme et de difficulté à se détacher de l'imprégnation national-socialiste. Ils sont une minorité à estimer l'anamnèse utile pour préserver le pays du retour de la guerre et du génocide[361]. En même temps, ils sont très nombreux à voir dans le procès de Nuremberg une justice inéquitable exercée par les vainqueurs. Beaucoup s'interrogent sur les raisons qui ont poussé l'accusation à refuser toute évocation, lors de l'instance, des crimes de guerre commis par les Alliés, ce qui avait pourtant été demandé par la défense. Cette incompréhension nourrit la tendance au rejet et à l'oubli, voire, pour les plus extrémistes, à

---

358 Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, traduit de l'allemand par Olivier MANNONI, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 18. Dans le même sens, Arnauld LECLERC, « Mémoires et politiques de reconnaissance », in Johann MICHEL (sous la dir.), *Mémoires et histoires – Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance*, op. cit., p. 248.

359 Dès le 11 novembre 1949, Konrad Adenauer déclarait dans un entretien publié par l'*Allgemeine Wochenzeitung der Juden* : *« Le peuple allemand est décidé à réparer l'injustice qui a été commise en son nom par un régime criminel, pour autant que cela soit possible maintenant que des millions de vies sont définitivement anéanties »*.

360 Pour une vue d'ensemble de l'état de l'opinion, Elisabeth NOELLE et Erich Peter NEUMANN, *Jahrbuch der öffentlichen Meinung – 1947-1955*, Allensbach, Verlag für Demoskopie, 1956, 55p.

361 Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, op. cit., p. 20. Pour une opinion similaire, Hélène MIARD-DELACROIX, « Amnésie, amnistie, mémoire. La jeune République Fédérale d'Allemagne des années cinquante face au passé nazi », in Jean-Charles MARGOTTON et Marie-Hélène PERENNEC (sous la dir.), *La mémoire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2003, pp. 169-179. L'auteur évoque notamment un sondage américain de 1952 qui met en évidence que 44% des personnes interrogées voyaient « plus de bien » dans le passé et 39% « plus de mal » ; un seul tiers s'affirmait prêt à tout faire pour éviter une restauration nazie. Elle note toutefois une évolution depuis 1948 vers la destruction du mythe selon lequel Hitler aurait été un homme d'Etat de qualité et de l'idée d'un nazisme bénéfique pour l'Allemagne.

la justification des exactions nazies. A ce sujet, Alfred Grosser remarque très justement qu'il n'est *« rien de plus habituel que de ne pas prendre en considération la souffrance d'autrui quand on est soi-même dans la souffrance, le crime dont un autre a été victime quand on se sent soi-même victime d'un crime, fût-il la conséquence du premier »*[362].

Ainsi, le décalage est flagrant entre la mémoire officielle et l'appropriation de cette mémoire par le corps social[363]. Se développe ici une certaine « saturation » de la population vis-à-vis de ce passé honteux qu'on veut lui faire prendre en charge. Ce mouvement est d'ailleurs relayé par les politiciens, ce qui vaudra à Konrad Adenauer de rappeler à certains la défaite de l'Allemagne et sa responsabilité aussi bien dans le déclenchement de la guerre que dans l'ampleur de ses conséquences désastreuses[364].

80. En zone soviétique, l'orientation de la nouvelle autorité est toute autre. En s'identifiant à l'Armée Rouge, la R.D.A. affiche une volonté de rupture totale avec le régime antérieur et ses élites socio-économiques. L'attitude du gouvernement est-allemand s'articule autour de trois dimensions complémentaires[365]. D'une part, les soldats soviétiques sont des martyrs, tombés au combat *« pour l'affranchissement du fascisme hitlérien »*[366]. D'autre part, le Tribunal de Nuremberg a fait le procès du fascisme, de

---

362 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 88.

363 Le même auteur parle de *« lignes de fracture enchevêtrées »* pour viser le refus de se souvenir de la population et l'exigence de la mémoire sans cesse présente dans les zones d'occupation occidentales. Ibidem, p. 95.

364 *« Nous avons bien perdu la guerre ; nous l'avons déclenchée et nous avons propagé le malheur partout sur la terre, et nous n'y pouvons plus rien (...). C'est pourquoi nous voulons (...) rafraîchir la mémoire [de ceux qui ont oublié] ».* Extrait d'un discours de Konrad Adenauer au *Bundestag* le 2 juillet 1953, reproduit et traduit par Thomas SCHNABEL, « Histoire et tournant – A propos de l'utilisation du passé par les hommes politiques et les journalistes conservateurs », in Gernot ERLER et al., *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 1988, p. 18.

365 Sur ce point, Jürgen DANYEL, « L'influence du procès de Nuremberg sur l'analyse juridique du passé national-socialiste dans les deux Etats allemands », in *Les procès de Nuremberg et Tokyo*, op. cit., p. 265, renvoyant à Arkadi POLTORAK et Natalia LEBEDEWA, « Nürnberg : Geschichte und Gegenwart », *Deutsche Aussenpolitik*, 1971, p. 904.

366 Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, op. cit., p. 18. Selon le politologue allemand, cela explique l'édification très rapide de mémoriaux et signes figuratifs rappelant le souvenir des morts en R.D.A.

l'antimilitarisme, et par voie de conséquence, celui de l'impérialisme et des monopoles. Le juge soviétique a été l'élément moteur, fixant les orientations de l'instance face à des confrères occidentaux particulièrement réticents. Enfin, capitalisme et passé nazi sont directement et étroitement liés. Il y a une continuité évidente entre la société bourgeoise allemande et la dictature d'Hitler. C'est pourquoi la politique qui se veut « pacifique » des Etats socialistes ne peut être que légitime.

Par ailleurs, la construction politique de la R.D.A., fondée sur une image valorisante de son idéologie, passe également par une propagande anti-R.F.A. pour le moins acerbe[367]. Elle se targue de poursuivre et condamner en justice les criminels bien plus rigoureusement que ne le ferait sa voisine, sans cesse fustigée comme étant – *« sous la protection des baïonnettes anglo-américaines »*[368] – favorables aux meurtriers. Cette prise de position tranche néanmoins avec la réalité de la pratique à l'est. On constate, au contraire, la raréfaction des condamnations à compter de 1956 et l'intégration de certains anciens partisans du *Reich*, pour asseoir plus facilement et solidement les bases du nouveau régime socialiste[369].

81. Finalement, le gouvernement de la R.F.A. doit assumer seul le poids des exactions passées, posture difficile à tenir puisqu'il faut aussi reconstruire un pays dévasté et maintenir les institutions en marche. Dans ce contexte, rien d'étonnant à ce qu'un certain refoulement, traduit par une politique d'oubli qui apparaît nécessaire, ait été constaté.

---

367 Les critiques sont évidemment véhiculées par les discours politiques et les médias, mais les procès en R.D.A. sont aussi un moyen pour les détracteurs de la République fédérale de faire passer leur message. Pour un exemple, le procès par contumace du ministre ouest-allemand Theodor Oberländer, accusé de l'assassinat de patriotes soviétiques à Lvov et condamné à la prison à vie par la Cour suprême de la R.D.A. (*Oberstes Gericht der D.D.R.*) à Berlin-est en avril 1960. Voir l'article « Oberländer Prozess - Irrendes Gewissen – Sowjetzone », *Der Spiegel*, n° 19, 1960, pp. 23-24, fax-similé disponible **[en ligne]** sur http://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/43065601 (consulté le 7 janvier 2014). Voir également Jürgen DANYEL, « L'influence du procès de Nuremberg sur l'analyse juridique du passé national-socialiste dans les deux Etats allemands », op. cit., p. 261.

368 Ibidem, p. 265.

369 Jürgen DANYEL explique que deux lois ont permis ce mouvement : la « loi sur la promulgation de mesures d'expiation concernant les anciens membres et partisans du parti nazi ainsi que les officiers de la Wehrmacht » et la « loi sur les droits civils des anciens membres et partisans du parti nazi ainsi que les officiers de la Wehrmacht ». Idem, pp. 263-264.

B. L'AMNISTIE, UN REFOULEMENT NECESSAIRE

82. Au sortir du conflit, plusieurs éléments entrent en contradiction. D'un point de vue moral, il convient de répondre aux aspirations de justice et à l'exigence de création d'une mémoire collective à long terme, rempart contre toute réitération des faits. Mais d'un point de vue plus pragmatique, il est impératif de redresser le pays totalement ravagé. Cette contrainte pèse sur la politique du gouvernement de Bonn. Comment traiter les spécificités du régime précédent et de ses crimes, la réalité de l'endoctrinement et l'ampleur de l'implication de la population allemande sous le III^{ème} *Reich*, et mettre en place une république solide et pérenne ? A l'époque, un journaliste résume la problématique en ces termes[370] : soit il faut tuer tous les anciens nazis – y compris ceux qui ont seulement laissé faire, tout autant responsables selon la conception de Karl Jaspers –, soit il faut les intégrer à la nouvelle Allemagne que l'on souhaite démocratique. Cette alternative, volontairement provocatrice, met en évidence la nécessité de reconnaître *« un droit à l'erreur »* (*das Recht auf den politischen Irrtum*) et, par conséquent, de voter des mesures d'amnistie indispensables au fonctionnement du pays et à l'apaisement des esprits.

83. Concrètement, le *Bundestag* adopte dès la fin de l'année 1949 des lois d'amnistie. Elles font suite aux mesures de dénazification mises en place par les alliés et manifestent l'échec d'une épuration politique voulue systématique, en raison du trop grand nombre d'individus concernés. C'est ainsi que l'emblématique loi dite « d'octroi de l'impunité » (*Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit*)[371], promulguée le 31 décembre 1949, amnistie les condamnés à une peine de prison allant jusqu'à une année et à toutes les peines d'amende jusqu'à dix mille D.M., à condition que le délit ait été commis avant le 15 septembre de la même année. Par la suite, une loi amnistiant « les 131 »[372] entre en vigueur

---

370 Eugen KOGON, « Das Recht auf den politischen Irrtum », *Frankfurter Hefte*, 1947, pp. 641-655.

371 *BGBl*, 1950, I, p. 37.

372 L'expression *« die 131er »* vise les fonctionnaires qui ont été contraints de quitter leur poste par les mesures de dénazification. Ces derniers relèvent de l'article 131 de la Loi Fondamentale qui dispose : *« Une loi fédérale détermine la situation juridique des personnes, y compris les réfugiés et expulsés, qui, ayant été au service de la fonction publique au 8 mai 1945, ont quitté cette dernière pour des raisons indépendantes du droit de la fonction publique ou du droit des conventions collectives, et n'ont pas été jusqu'à présent réemployées, ou ne l'ont pas été dans des conditions correspondant à celles de leur ancienne position ».*

le 11 mai 1951[373], qui permet la réintégration dans la fonction publique de cent-cinquante mille anciens fonctionnaires épurés et une relative continuité de l'administration[374]. Dans la même optique, le département du droit pénal du ministère de la Justice élabore une loi d'amnistie en 1954[375], applicable aux personnes ayant commis des actes criminels entre le 1er octobre 1944 et le 31 juillet 1945, dès lors que leur peine n'excéde pas trois ans d'emprisonnement.

84. Quelles ont été les appréciations portées sur cette période ? Certains notent que ces dispositions législatives ont été rédigées très tôt par le parlement de l'Etat fédéral, créé, rappelons-le, en mai 1949. Il s'agirait d'une *« manifestation d'indépendance dans le cadre étroit de la souveraineté très partiellement recouvrée »*[376], mettant un terme symbolique à la tutelle des occupants et légitimant le nouveau régime. En même temps, elles s'inscrivent vraisemblablement dans la droite ligne de la « liquidation » de la dénazification entreprise, avant la création de la R.F.A., dans les différentes zones alliées. En effet, les premières lois d'amnistie partielles ont été votées dès 1947 par les Américains et les Français, dans le but de désengorger les tribunaux. Ce « tournant » dans la politique des puissances-vainqueurs coïncide bien évidemment avec les nouvelles perspectives stratégiques occidentales, qui considèrent désormais le péril soviétique comme plus sérieux que le danger allemand.

Outre cette première remarque, d'aucuns désignent 1949 comme étant, pour la R.F.A., *« l'année zéro du refoulement »*[377], initiant l'ère de l'oubli. Ils estiment qu'il a été procédé, dans l'urgence, à un effacement du passé et à une large réhabilitation des élites discréditées

---

373 *Gesetz zur Regelung der Rechtverhältnisse der unter Artikel 131 des G.G. fallenden Personen*, *BGBl,* 1951, I, p. 307.

374 Pour une explication complète de cette loi, voir Alfred WAHL, *La seconde histoire du nazisme : Dans l'Allemagne fédérale depuis 1945*, Armand Colin, Coll. Les enjeux de l'histoire, 2006, pp. 72-75.

375 *Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbussen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bussgeldverfahren,* 17 juillet 1954, *BGBl,* 1954, I, p. 203.

376 Hélène MIARD-DELACROIX, « Amnésie, amnistie, mémoire. La jeune République Fédérale d'Allemagne des années cinquante face au passé nazi », op. cit., p. 170.

377 Thomas SCHNABEL, « Histoire et tournant – A propos de l'utilisation du passé par les hommes politiques et les journalistes conservateurs », op. cit., p. 7.

à l'issue de la guerre[378]. Pour ces auteurs, il aurait été souhaitable de régler sévèrement le sort des complices et hommes de main de nazisme se trouvant aux plus hauts postes de l'armée, de la bureaucratie ou encore de la justice[379]. D'autres, à l'inverse, considèrent que ce phénomène d'amnistie était inévitable pour permettre la reconstruction et le retour au calme : *« il s'agissait de prendre conscience, avec toutes les objections morales que cela pouvait soulever, que l'oubli était un préalable à toute chose : c'était une nécessité pratique relevant de l'éthique de la responsabilité »*[380]. Indéniablement, cette façon de traiter le passé nazi a un caractère contestable mais elle semble effectivement procéder d'un positionnement raisonnable. Elle a favorisé le relèvement économique de l'Allemagne et une relative stabilisation du nouveau régime, dès le début des années 1950. Hélène Miard-Delacroix affirme en ce sens que *« c'est bien au nom du pragmatisme que se réalisa le réemploi de personnes compromises »* et souligne d'ailleurs que *« les Alliés eux-mêmes avaient déjà été confrontés à ce besoin urgent de personnel compétent et formé aux tâches et responsabilités administratives »*[381]. L'exclusion des anciens nazis de la vie publique était tout simplement impossible. Au surplus, faciliter leur intégration a permis de limiter la croissance des groupuscules protestataires d'extrême droite, qui connaissaient un certain succès à l'époque[382].

85. On a pu s'interroger sur l'impact de ce refoulement quant au travail de mémoire. A-t-il conduit à une amnésie généralisée en Allemagne de l'ouest ? Une réponse négative

---

378 Voir notamment l'ouvrage de Klaus GOTTO, *Der Staatssekretär Adenauers. Persönlichkeit und politisches Wirken Hans Globkes*, Stuttgart, Klett-Cotta Verlag, 1980, 287p. Cette opinion n'est pas sans rappeler l'un des arguments anti-R.F.A. développés par les autorités de la R.D.A. (voir supra §80). Le cas de Hans Globke est souvent cité comme exemple. En effet, celui qui a rédigé le commentaire des lois de Nuremberg en 1935 pour le ministère de l'Intérieur du *Reich*, a été sollicité par Adenauer pour exercer le poste de directeur de département, puis de secrétaire d'Etat à la Chancellerie fédérale.

379 Thomas SCHNABEL, « Histoire et tournant – A propos de l'utilisation du passé par les hommes politiques et les journalistes conservateurs », op. cit., p. 9.

380 Michael STÜRMER, *Dissonanzen des Fortschritts – Essays uber Geschichte und Politik in Deutschland*, Munich, Piper Verlag, 1986, p. 296, traduit par Thomas SCHNABEL, Ibidem.

381 Hélène MIARD-DELACROIX, « Amnésie, amnistie, mémoire. La jeune République Fédérale d'Allemagne des années cinquante face au passé nazi », op. cit., p. 172.

382 Ibidem, p. 174.

s'impose[383]. En effet, les années 1950 ont été marquées par une rhétorique démocratique forte, basée sur un rejet ostensible de l'idéologie nazie et une reconnaissance de la responsabilité allemande, devant les autorités étrangères et dans les discours internes. Nous partageons alors le questionnement d'Alfred Grosser : *« dans quel autre endroit a-t-on vu le régime successeur reconnaître pleinement la nature et la dimension du crime commis au nom du pays qu'il représentait désormais ? »*[384] A la suite d'Hermann Lübbe, il faudrait plutôt considérer cette période ambivalente comme une « pause » indispensable dans l'édification de la nouvelle communauté, reposant sur les principes de l'Etat de droit[385] : *« normaliser sans oublier »*[386].

CONCLUSION DU CHAPITRE I

86. La posture des deux voisins européens à la fin du second conflit mondial est donc bien différente. La France, pays libéré, se considère en position de force puisqu'elle fait partie de l'Alliance aux côtés des trois grandes puissantes triomphantes. La dimension victimaire est volontairement passée sous silence, la collaboration du régime de Vichy, minimisée le plus possible sur les plans politique et juridique. Le point de mire demeure la réconciliation nationale autour d'une figure résistante que l'on montre glorieuse et glorifiée, bien que quasi-absente des hautes sphères publiques.

---

383 Position partagée par Hélène MIARD-DELACROIX, Idem, p. 179 : *« Ce que l'on a pu qualifier de pragmatisme ne devait pas exclure le travail sur le passé ».*

384 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 75.

385 Hermann LÜBBE, « Der Nationalsozialismus im deutschen Nachkriegsbewusstsein », *Historische Zeitschrift* n° 136, 1983, p. 585.

386 Ingo KOLBOOM, *Pièces d'identité. Signets d'une décennie allemande*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2001, p. 80.

Mais *« il n'y a point de vainqueur sans l'aveu du vaincu »*[387]. C'est ainsi que de l'autre côté du Rhin, l'Allemagne, pays occupé et temporairement privé de sa pleine souveraineté, admet sa défaite et se reconnaît coupable. A tout le moins en est-il ainsi de la R.F.A., seul des deux Etats qui estime avoir à répondre des atrocités nazies. Même si la population garde un goût amer de la justice rendue à Nuremberg, la nation portée par le gouvernement d'Adenauer assume sa dette. Bien sûr, la première et principale responsabilité incombe aux grands criminels jugés par le tribunal militaire international. Cependant, la responsabilité morale et politique de l'ensemble des citoyens, qui ne se sont pas élevés contre Hitler et ont, par là, facilité son action génocidaire, n'est pas niée. N'est-ce pas paradoxal en présence de grandes vagues d'amnisties qui ont ouvert la voie de la réhabilitation à de nombreux partisans du nazisme ? Avec le recul, il appert que l'intégration de tous dans le relèvement économique du pays a favorisé le retour rapide à une démocratie solide. La réflexion mémorielle menée, bien que certainement imparfaite, a été constructive pour l'avenir. En ce sens, l'Allemagne fédérale a assumé et relativement bien géré – et « digéré » – ce passé honteux immédiat, puisqu'elle en a tiré les conséquences au niveau politique. Le gouvernement ouest-allemand semble avoir compris les propos précurseurs de Karl Jaspers, qui écrivait déjà en 1946 : *« la purification est aussi une condition de notre liberté politique. Car seule la conscience de la culpabilité éveille la conscience de la solidarité et de la responsabilité de tous, sans laquelle il n'y a pas de liberté »*[388].

87. Le statut vainqueur-vaincu est donc très prégnant dans les esprits et dans les orientations des dirigeants nationaux. Cela n'est pas sans importance au moment d'analyser plus en détail la justice rendue, à cette période, dans chacun des deux Etats.

---

387 Quintus ENNIUS, poète latin d'origine grecque (239-169 av. JC).

388 Karl JASPERS, *La culpabilité allemande*, op. cit., p. 123.

CHAPITRE II.

INCIDENCES SUR LES PROCEDURES PÉNALES

> « Il nous est resté la haine. (…) Et bien c'est de cela que nous devons triompher d'abord. Il faut guérir ces cœurs empoisonnés. Et demain, la plus difficile victoire que nous ayons à remporter, c'est en nous-même qu'elle doit se livrer, avec cet effort supérieur qui transformera notre appétit de haine en désir de justice. »[389]

88. Le procès international de Nuremberg a initié une phase de judiciarisation du passé nazi, qui doit désormais se continuer dans les Etats. Pour toute une génération qui a vécu le conflit, il est indispensable que les justices internes « racontent » et « mettent en scène » à leur tour l'histoire de la Seconde Guerre mondiale.

Mais personne ne peut nier les excès, les lacunes et les incohérences des procès engagés dès la fin du conflit, particulièrement en France et en Allemagne de l'ouest. Des choix sont faits, des épisodes sont exagérés, d'autres partiellement ou totalement éclipsés. Il faut dire que l'état d'esprit ambiant, le contexte économique et social et les tensions et pressions de tous ordres ne sont pas vraiment propices à l'exercice d'une *« justice de la raison »*[390], apaisée et efficace, telle qu'appelée de ses vœux par Albert Camus. Il faut « parer au plus pressé » et répondre aux nombreuses revendications des familles des victimes et des survivants. Pour les satisfaire, il est impératif de sanctionner rapidement les criminels coupables des pires atrocités de tous les temps. Surtout, symboliquement, il s'agit pour les autorités de faire exemple, par une répression voulue ferme et systématique des auteurs des infractions commises entre 1939 et 1945.

Par où commencer ? Comment juger tous les crimes « de la guerre », c'est-à-dire toutes les exactions perpétrées au cours de cette période ? D'ailleurs, a-t-on vraiment la volonté de réprimer l'ensemble de ces actes ? Rien n'est moins sûr lorsque l'on examine les poursuites pénales engagées dans les deux Etats. Elles sont visiblement sélectives en France, centrées sur les infractions de guerre et de la collaboration (Section I). En Allemagne de l'ouest, elles apparaissent un peu plus rigoureuses compte tenu de la tutelle alliée, sans pour autant totalement convaincre (Section II).

---

389 Albert CAMUS, « Défense de l'intelligence », in *Actuelles – Ecrits politiques (Chroniques 1944-1948)*, Gallimard, 1997, p. 96.

390 Expression de Enzo TRAVERSO, *A feu et à sang : De la guerre civile européenne 1914-1945*, Stock, Coll. Un ordre d'idées, 2007, p. 179.

SECTION I.

EN FRANCE : JUSTICE POLITISEE

> « Au final, la justice de l'épuration a été inégale. Elle n'a pu éviter des moments de vengeance pure. Elle a été parfois aveugle. Elle a indéniablement occulté la politique antisémite de Vichy. Mais elle a beaucoup poursuivi et puni. »[391]

89. Au sortir de la guerre, le contexte est loin d'être favorable à la mise en œuvre d'une répression équitable et optimale des exactions commises sous le joug national-socialiste. Le sentiment qui se dégage de cette période est bien amer. L'insatisfaction domine et elle était prévisible : la justice, lorsqu'elle est politisée, n'offre pas la rigueur et les garanties que l'on attend d'elle. Conséquence directe de l'atmosphère qui règne dans le pays, elle se limite à la poursuite et au jugement des crimes commis à l'encontre de la France elle-même et de ses combattants, notamment lorsqu'ils sont issus de la Résistance. Autrement dit, elle se montre particulièrement sélective quant aux personnes contre lesquelles des instances sont ouvertes et *de facto* quant aux infractions qu'elle choisit de sanctionner. Se concentrant sur le « crime d'armistice » et les exactions subséquentes de collaboration ainsi que sur les crimes de guerre, elle en oublie de réprimer les atteintes racistes commises avec l'aide du gouvernement de Vichy.

---

391 Denis SALAS, présentation du texte introductif de l'ouvrage de l'Association française pour l'histoire de la justice, *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, La Documentation française, Coll. Histoire de la Justice, n° 18, 2008, 287p., **[en ligne]**. Disponible sur http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/justice-de-lepuration-a-la-fin-de-la-seconde-guerre-mondiale-22401.html (consulté le 5 février 2014).

§ 1. LES PERSONNES POURSUIVIES

90. Compte tenu de l'ambivalence politique et idéologique dans le pays et des tensions nées de l'Occupation, la recherche d'un équilibre entre punition et réconciliation s'avère particulièrement complexe. Il faut à la fois *« châtier les traitres et offrir un exutoire à une population excédée par les violences de la guerre mais aussi renouveler les élites, légitimer le nouveau pouvoir et, avant tout, retrouver le fil perdu de la légalité, refonder l'Etat »*[392]. Partant, alors que les gouvernants prônent la clôture de l' « épisode-Vichy » et la reconstruction du pays dans l'union, un *« halo de violence »*[393] secoue la France, avec comme objectif affiché de purger la patrie. A partir de 1944, c'est un climat empreint de liesse mais surtout de privations, de peur, de lynchage et de délation qui domine. L'angoisse de la faim, des bombardements et des exactions se double de la crainte de voir son nom inscrit sur les listes noires qui visent les auteurs du « crime d'armistice ». Le spectacle des femmes tondues, signe ostensible de déloyauté, se répand partout dans le pays, comme *« châtiment d'une culpabilité sexuelle »* et *« expression d'une fusion entre les groupes de résistance jusque là clandestins et le peuple qui vient à sa rencontre »*[394]. Les violences sauvages spontanées et les assassinats sont légion[395] et sonnent comme des avertissements pour les collaborateurs. En marge des audiences devant les cours étatiques[396], des tribunaux populaires et autres cours martiales de la Résistance se

---

392 Denis SALAS, présentation du texte introductif de l'ouvrage de l'Association française pour l'histoire de la justice, *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit.

393 Ibidem.

394 Idem.

395 Pour une présentation des statistiques sur le sujet, Henry ROUSSO, « L'épuration en France : une histoire inachevée », *Vingtième Siècle – Revue d'histoire* n° 33, janvier-mars 1992, pp. 81-84. En novembre 1944, le ministre de l'intérieur Adrien Tixier avançait le chiffre de 100.000 victimes de cette épuration « extrajudiciaire ». Robert ARON, quant à lui, parle de 30.000 à 40.000 morts (Cf. son livre *Histoire de l'épuration*, Fayard, 1967-1975, 3 tomes). Cependant, ces statistiques font débat. Pour une critique de l'ouvrage d'ARON, voir Peter NOVIK, *L'épuration française 1944-1949*, Seuil, Coll. Point - Histoire, 1991, 364p. D'ailleurs, d'après une enquête menée par les services de gendarmerie et les renseignements généraux en 1952, il faudrait plutôt retenir 11.000 exécutions, dont 9.000 pour des faits de collaboration et près de 2.000 pour lesquelles on n'a pu retrouver le mobile (voir *JORF*, Déb. AN. CR., 7 janvier 1954, p. 35). Certains auteurs estiment que les statistiques étaient volontairement gonflées afin que la population, traumatisée par le conflit, ne cède pas à la tentation d'une guerre civile. En ce sens, Jean-Pierre RIOUX, *La France de la Quatrième République,* Tome I – L'ardeur et la nécessité, 1944-1952, Seuil, Coll. Points – Histoire, 1980, p. 53.

396 Dont nous traiterons dans les paragraphes suivants.

constituent, qui rendent des « sentences épuratoires ». Il s'agit d'exorciser le fait que la plupart des Français ont eu à côtoyer l'ennemi et ont été amenés à « tromper » la patrie par les gestes les plus quotidiens[397].

91. On le comprend, le défi pour le droit est grand : comment combiner la « soif » de répression de toute une génération portée par les résistants avec la volonté étatique d'unité passant par l'oubli ? Comment canaliser l'excès de violence et prendre la distance nécessaire pour rendre justice ? Comment, *« après l'incendie, effacer les traces et murer le labyrinthe »*[398] ? Les antagonismes persistants ne peuvent qu'avoir des répercussions sur les instances judiciaires ouvertes et les condamnations prononcées. Ce constat s'impose que l'on étudie les procès dits « de l'Epuration » contre les traîtres français et les procès pour crimes de guerre commis par l'ennemi étranger, majoritairement allemand.

A. LES TRAITRES FRANÇAIS : L'EPURATION

92. Le terme « Epuration », utilisé par les historiens pour caractériser la période de la Libération et de l'immédiat après-guerre[399], est évocateur : c'est à la fois une punition au nom de la loi et une purification par le sang versé, pour refonder un pays plus fort. Ainsi, comme l'explique Denis Salas, *« la justice [de cette époque] se place autant dans les prolongements des combats que dans la perspective d'une cité à bâtir »*[400], ce qui se traduit par plusieurs phénomènes critiquables.

---

397 Henry ROUSSO, « L'épuration en France : une histoire inachevée », op. cit., p. 85.

398 René CHAR, « Billets à Francis Curel », in *Recherche de la base et du sommet*, Gallimard, Coll. Poésie, 1971, p. 637.

399 Jusqu'en 1951 où le droit commun prendra la relais.

400 Denis SALAS, présentation du texte introductif de l'ouvrage de l'Association française pour l'histoire de la justice, *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit.

93. *Primo*, les tribunaux nouvellement institués peuvent surprendre[401]. A côté des juridictions militaires[402], sont créées par ordonnance[403] des cours de justice composées, sur le modèle des cours d'assises, d'un juge et de quatre jurés choisis pour leurs faits de résistance. Elles ont compétence pour statuer en premier et dernier ressort[404] sur les faits de collaboration les plus graves commis *« entre le 16 juin 1940 et le moment de la Libération »*[405], voire avant le 16 juin si les faits révèlent l'intention de favoriser les entreprises de l'ennemi[406]. A ces cours sont rattachées des « chambres civiques »[407], chargées spécialement de sanctionner les auteurs présumés d'actes relevant de l'indignité nationale[408]. Enfin, la Haute Cour de justice[409] est constituée de trois juges et de vingt-quatre jurés, choisis par les organes de la Résistance parmi les opposants au régime précédent[410]. Elle a pour mission de juger les plus hauts fonctionnaires tels que le chef de l'État, le chef du gouvernement, les ministres, les commissaires généraux, les résidents[411] et les gouverneurs généraux. En clair, la justice de l'Epuration est une justice d'exception, rendue par des juridictions d'exception.

---

401 Pour une synthèse intéressante, Henry ROUSSO, « L'épuration en France : une histoire inachevée », op. cit., pp. 87-89.

402 Les juridictions militaires auraient condamné à mort moins de 800 collaborateurs, mais les chiffres exacts du nombre de dossiers traités par eux ne sont pas connus (Ibidem, p. 95).

403 Ordonnance du 26 juin 1944 relative à la répression des faits de collaboration (*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 6 juillet 1944, p. 535) abrogée mais reprise en substance dans l'ordonnance du 28 novembre 1944, portant modification et codification des textes relatifs à la répression des faits de collaboration, (*JO* (Alger) Ordonnances et Décrets, 29 novembre 1944, p. 1540).

404 Le fonctionnement est identique à celui des cours d'assises de l'époque, donc pas d'appel. Un pourvoi en cassation peut être déposé dans les vingt-quatre heures du jugement. En cas de rejet, un recours en grâce présidentielle est possible.

405 Art. 1er de l'ordonnance du 26 juin.

406 Art. 1er de l'ordonnance du 28 novembre.

407 Ordonnance du 26 août 1944, *JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 28 août 1944, p. 767, précitée supra notes n° 196 et 244.

408 Sur cette incrimination, voir §94.

409 Issue d'une ordonnance du 18 novembre 1944, *JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 19 novembre 1944, p. 1382.

410 Ce sont majoritairement des communistes qui se sont portés volontaires, à la demande de leur parti.

411 Représentants officiels de la puissance française dans les colonies.

Outre les jurés partisans[412] et la limitation des recours possibles, le système judiciaire instauré est encore imparfait. Les audiences, ouvertes au public, se déroulent dans des salles bondées. Les débats se font dans le bruit et la colère. Les procédures sont marquées par l'absence d'une véritable phase d'instruction, faute d'avocat à ce stade. D'ailleurs, un commissaire du gouvernement peut décider, à la place du juge d'instruction, du renvoi de l'inculpé en jugement[413]. De plus, les droits élémentaires de la défense sont parfois bafoués, comme on a pu le constater lors du procès de Pierre Laval devant la Haute Cour. L'ancien chef du gouvernement n'a bénéficié d'aucun accès au dossier, nulle liberté de communication ne lui a été accordée et il n'a pu faire citer aucun témoin[414].

Au surplus et à l'inverse de la justice criminelle où on cherche à établir et quantifier la responsabilité personnelle, la justice épuratoire est une *« justice de salut public »*[415]. Les accusés sont choisis non pas pour ce qu'ils sont, mais pour ce qu'ils incarnent dans l'optique du destin collectif : l'armistice et la collaboration. Par les procès, il convient de *« faire le tri dans les cas individuels au regard d'une société à reconstruire »*[416]. Cela est étonnant puisque le régime de Vichy est sensé demeurer une parenthèse nulle et non avenue. Cet « affichage judiciaire » tranche donc manifestement avec l' « éclipse politique » faite de cette période noire.

94. *Secundo*, les fondements des poursuites interrogent eu égard aux principes fondamentaux du droit pénal. Les tribunaux utilisent d'abord les lois pénales en vigueur sous la III^{ème} République, pour sanctionner l'intelligence avec l'ennemi et le complot contre la sûreté de l'Etat, par le biais des articles 75 et 87 de l'ancien Code pénal[417]. Cette

---

412 Notamment décriés dans le pamphlet de Jean PAULHAN, *Lettre aux Directeurs de la Résistance*, Ed. de Minuit, 1952, 54p., précité note n° 187.

413 Denis SALAS, présentation du texte introductif de l'ouvrage de l'Association française pour l'histoire de la justice, *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit.

414 Ibidem.

415 Emmanuel MOUNIER, « Y'a-t-il une justice politique ? », *Revue Esprit* n° 8, 1947, p. 212.

416 Denis SALAS, présentation du texte introductif de l'ouvrage de l'Association française pour l'histoire de la justice, *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit.

417 C'est sur ce fondement qu'a été poursuivi le Maréchal Pétain, nous y reviendrons (voir infra §111 et suivants).

posture est significative de la rupture voulue avec le système précédent, coutumier de la rétroactivité. Néanmoins, tous les faits de collaboration ne peuvent entrer dans le champ de ces dispositions[418]. C'est pourquoi, le Gouvernement provisoire de la République française[419], refusant l'interprétation par analogie du texte répressif, décide de la création de l'incrimination d'indignité nationale en 1944. Mais la définition de cette infraction éminemment politique pose problème. Elle vise l'aide, directe ou indirecte, sciemment apportée à l'Allemagne ou à ses alliés, ainsi que les atteintes à l'unité de la nation, à la liberté ou à l'égalité des Français, lorsque ces actes ont été commis *« postérieurement au 16 juin 1940 »*[420]. La critique est inévitable. Cette nouvelle infraction et la peine de dégradation nationale qui lui est associée appréhendent des faits déjà réalisés, en violation du principe de légalité des délits et des peines.

D'aucuns ont justifié ce *« privilège exorbitant »*[421] par l'impératif d' *« insister sur leur gravité et sur la désapprobation de la société toute entière à leur égard »*[422]. La rétroactivité serait opportune parce qu'elle empêcherait de clore le passé tant que la société éprouve le besoin d'y apporter des réponses pénales. En effet, ce n'est que par une punition adéquate que les événements pourraient entrer dans le domaine de l'Histoire. En outre, *« le système de l'indignité nationale ne [trouverait] pas sa place sur le terrain de l'ordre pénal à proprement dit ; il [s'introduirait] délibérément sur celui de la justice politique, où le législateur retrouve son entière liberté et plus particulièrement celle de tirer, à tout moment, les conséquences de droit qu'emporte un état de fait »*[423]. En conséquence, la nécessité de punir ces comportements antinationaux et contraires aux intérêts de l'Etat

---

418 *« Les agissements criminels des collaborateurs de l'ennemi n'ont pas toujours revêtu l'aspect de faits individuels caractérisés susceptibles de recevoir une qualification pénale précise »*. Cf. Exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 précitée.

419 Ci-après G.P.R.F.

420 Art. 1er de l'ordonnance du 26 août 1944.

421 Anne SIMONIN, « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951) », in *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit., p. 74.

422 Marion LE LORRAIN, *L'histoire et le droit pénal*, mémoire de Master II sous la direction d'Yves Mayaud, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 23 : *« il ne s'agit pas seulement d'agir sur un acte passé, mais bien de faire revivre ce passé, de l'inscrire dans le présent pour lui donner une dimension nouvelle : celle, précisément de fait historique ».*

423 Exposé des motifs de l'ordonnance du 26 août 1944 précitée.

légitimerait une intervention rétroactive, relevant de *« la moralité républicaine »*[424]. Quant à la dégradation nationale, elle devrait être vue plus comme une déchéance – sorte de mesure de sûreté à l'instar des déchéances professionnelles – que comme une peine véritable. Cet argumentaire laisse perplexe quand on constate que l'indigne est en pratique stigmatisé comme un criminel, que la mesure à son encontre est particulièrement sévère[425] et que l'ordonnance du 26 août 1944 emploie expressément le terme « peine ».

95. Est-ce à dire que ces instances ont été iniques, comme certains l'ont pensé[426] ? Indubitablement, les excès et dévoiements ont été nombreux. L'épuration légale, hâtive, a été tantôt clémente, tantôt implacable[427]. Les sanctions se sont échelonnées de la dégradation nationale[428] à la peine de mort[429], en passant par la prison à temps ou à perpétuité et les travaux forcés. D'importantes inégalités ont été constatées[430], suivant les

---

424 Denis SALAS, présentation du texte introductif de l'ouvrage de l'Association française pour l'histoire de la justice, *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit.

425 La dégradation nationale peut être à perpétuité ou à temps (cinq ans et plus) et entraîne pour l'accusé la perte d'un certain nombre de droits : droit de vote, éligibilité, accès aux fonctions publiques ou semi-publiques, rang dans les forces armées, droit de porter des décorations, accès aux fonctions de direction dans les entreprises, les banques, la presse et la radio, accès à toutes fonctions dans des syndicats et organisations professionnelles, des professions juridiques, des professions de l'enseignement, du journalisme, de l'Institut de France, droit de posséder et porter des armes. Le tribunal peut ajouter des interdictions de séjour et la confiscation de tout ou partie des biens. Le versement des retraites peut également être suspendu.

426 *« Les jugements des tribunaux n'ont été en général que simagrées, qui obscurcissaient un débat simple et n'atteignaient jamais le fond ».* Cf. Jean CASSOU, *La Mémoire courte*, Ed. de Minuit, 1953, pp. 33-34. Dans un autre registre : *« Les plus nombreux sont dégoutés par l'arbitraire, les arrestations sans cause, le maintien sous les verrous d'hommes sans tâche… Les tribunaux d'exception fleurissent comme sous Vichy ».* Cf. Charles RIST, *Une saison gâtée. Journal de la guerre et de l'Occupation – 1939-1945*, Fayard, 1983, p. 40.

427 Voir les tableaux statistiques détaillés (nombre de dossiers, nombre de jugements, nombre de condamnations et acquittements, devant les trois catégories de juridictions d'exception) réalisés en 1948 et 1951, présentés et critiqués par Henry ROUSSO, « L'épuration en France : une histoire inachevée », op. cit., pp. 89-92.

428 D'après Enzo TRAVERSO, 50.000 personnes en ont été frappées. Cf. *A feu et à sang : De la guerre civile européenne 1914-1945*, op. cit., p. 180.

429 Selon le même auteur, 1.500 à 1.600 personnes ont été exécutées. Ibidem.

430 En ce sens, le même auteur, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Seuil, Coll. Points – Histoire, 1990, p. 35.

juridictions saisies[431] et suivant la date du jugement[432]. Plus grandes encore ont été les divergences fondées sur le statut social de l'accusé. La raison est, une fois de plus, à rechercher dans le contexte de reconstruction du pays. Les chefs d'entreprises et cadres haut placés, indispensables à la rénovation de l'économie, ont été frappés moins sévèrement que les journalistes et les intellectuels, pour lesquels les enquêtes se sont avérées beaucoup moins complexes[433].

96. En définitive, la « justice » de l'Epuration n'a satisfait personne parce qu'elle n'a pas réussi à trouver sa place dans cette contradiction insoluble : respecter l'équité exigée de tout procès et, en même temps, la nier au nom de la raison d'Etat. Pire, elle a mécontenté tout le monde, dans le mesure où le dilemme était non seulement moral – droit contre revanche expiatoire – mais aussi et surtout politique – les plus modérés contre les plus intransigeants, au premier rang desquels les communistes. Les choses ont-elles été plus rationnelles s'agissant des procès intentés contre des non-Français ?

B. LES ENNEMIS ETRANGERS : L'ORDONNANCE DU 28 AOUT 1944[434]

97. Aussi surprenant que cela puisse paraître, l'histoire des procès menés à l'encontre des ennemis étrangers – pour la plupart des Allemands – soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre en France ou contre des Français au cours du conflit, a longtemps été négligée, de part et d'autre du Rhin. Mises à part les instances emblématiques et surmédiatisées comme celle qui s'est tenue à Bordeaux relativement au massacre

---

431 On a noté que les tribunaux militaires « ordinaires » étaient globalement plus indulgents que les cours de justice créées en 1944, parce qu'ils prenaient en considération la bonne foi de l'individu déféré devant eux.

432 Les condamnations les plus rigoureuses ont été prononcées au cours de l'été 1944, ce qui s'explique par le fait que dans l'esprit des hommes de la Résistance, l'épuration devait être très brève.

433 *« Ces hommes sont sur la place publique. Leurs écrits sont connus de tous. Il suffit de les produire. Telles sont les consignes d'instruction rapides données aux parquets »*. Cf. Denis SALAS, présentation du texte introductif de l'ouvrage de l'Association française pour l'histoire de la justice, *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, op. cit. ; voir également les explications d'Alfred GROSSER, au sujet de l'affaire Brasillach, *Le crime et la Mémoire,* Flammarion, 1989, pp. 160-161.

434 *JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 30 août 1944, p. 780.

d'Oradour-sur-Glane[435], peu nombreux sont les écrits qui tracent un panorama explicatif complet de ces procédures et de leurs fondements[436]. En réalité, les chercheurs français étaient bien trop occupés à « démêler » l'histoire douloureuse de Vichy et de ses suites au cours de l'Epuration, pour pouvoir s'intéresser à un autre domaine. Quant à l'historiographie germanique, elle s'est prioritairement attachée à éclairer le processus de dénazification enclenché par les Alliés en Allemagne. Pourtant, avec le recul, on constate que la question de la répression des crimes de guerre a joué un rôle déterminant dans la construction et les relations du « tandem franco-allemand ». Revenons donc sur les textes applicables en France et la jurisprudence y afférente.

98. Dès 1942, sous l'impulsion de juristes comme René Cassin et d'hommes politiques de sensibilité démocrate-chrétienne comme François de Menthon, la France réclame le droit de juger les crimes de guerre commis par des personnes de nationalité étrangère sur son territoire. Le G.P.R.F. instaure, en juin 1944, une commission chargée notamment de la préparation des textes sur la prévention et la répression des crimes de guerre par les tribunaux internes. Ses travaux aboutissent à la promulgation, le 28 août 1944 depuis Alger, d'une ordonnance sur la répression des crimes de guerre commis par les ennemis[437],

---

435 Déjà étudiée à propos de l'amnistie, §§45-48.

436 Cela explique que notre étude se fonde en grande partie sur les travaux de Claudia MOISEL, dont la thèse de doctorat *Frankreich und die deutschen Kriegsverbrecher. Die strafrechtliche Verfolgung der Kriegs – und NS –Verbrechen und die deutsh-französischen Beziehungen seit dem Zweiten Weltkrieg*, soutenue en 2001 à la Ruhr-Universität de Bochum (Göttingen, Wallstein Verlag, 2004, 287p.), fait figure de référence sur la question. Son article « Les procès pour crimes de guerre allemands en France après la Seconde Guerre mondiale », paru au *Bulletin de l'Institut d'histoire du temps présent* n° 80, 2002, pp. 90-101, et disponible **[en ligne]** sur http://www.ihtp.C.N.R.S..fr/spip.php%3Farticle353&lang=fr.html (consulté le 6 février 2014), en reprend les grandes lignes, de façon très synthétique et pédagogique. Relevons également les articles d'Adolphe TOUFFAIT, « Crimes de guerre et recherche des crimes de guerre », *Recueil de droit pénal*, 1945, pp. 5-11 ; et Pierre BOISSIER, « La répression des petits crimes de guerre », *R.I.D.P.*, 1948, pp. 293-309.

437 Cette ordonnance du 28 août 1944 a été complétée par la loi n° 48-1416 du 15 septembre 1948 qui était destinée à aligner le droit national sur le droit international relatif à la déclaration de criminalité des organisations hitlériennes (précitée notes n° 207 et 208). Cette loi établissait une discrimination d'importance entre les étrangers et les Français. D'une part, il proclamait la responsabilité collective de tous les individus étrangers ayant appartenu à une formation déclarée criminelle par le TMI, lorsqu'un crime de guerre était imputable à cette formation. D'autre part, la répression des Français n'était envisagée qu'en cas de preuve d'une implication personnelle dans un crime de guerre ou un crime connexe. Le droit interne ne pouvait se satisfaire de telles prescriptions, contraires à la fois au principe

socle législatif des procédures engagées à la Libération. Elle fixe la compétence des tribunaux militaires pour poursuivre et juger les criminels de guerre présumés, civils ou militaires, dès lors que les faits ont été commis à l'encontre des citoyens français, soit en France, soit en dehors des frontières. L'article 1er alinéa 1 montre toute la spécificité de cette règlementation et dispose :

> « Sont poursuivis devant les tribunaux militaires français et jugés conformément aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance, les nationaux ennemis ou agents non français au service de l'administration ou des intérêts ennemis, coupables de crimes ou de délits commis depuis l'ouverture des hostilités soit en France ou dans un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à l'encontre d'un national ou d'un protégé français, d'un militaire servant ou ayant servi sous le drapeau français, d'un apatride résidant sur le territoire français avant le 17 juin 1940 ou d'un réfugié sur un territoire français, soit au préjudice des biens de toutes les personnes physiques visées ci-dessus et de toutes les personnes morales françaises, lorsque ces infractions, même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre. »

Ainsi, la répression ne concerne que les criminels étrangers et prend base dans les codes pénal et de justice militaire en vigueur avant la guerre[438].

99. Ce renvoi au droit commun n'est pas anodin, du point de vue de la théorie juridique : *« le crime de guerre n'est pas considéré comme une violation du droit*

---

d'égalité devant la loi et à la non-rétroactivité du droit pénal incriminateur. Henri DONNEDIEU DE VABRES a même parlé à cet égard de *« génocide légal »* (formule reprise par Michel DANTI-JUAN, « Réflexions contemporaines sur le procès des auteurs du massacre d'Oradour-sur-Glane », in Jean COCHARD (sous la dir.), *Armée, guerre et droit* pénal, Actes de la Journée d'études du 19 mai 1984, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 5, Cujas, 1986, p. 29). C'est pourquoi la loi de 1948 a été abrogée le 30 janvier 1953 (évoquée supra §46), en plein procès d'Oradour. Reste que la discrimination instaurée entre les nationaux étrangers et les Français demeure applicable : les premiers sont justiciables de l'ordonnance du 28 août 1944, les seconds ne peuvent être condamnés que sur le fondement du Code pénal. Pour des extraits de ces différents textes, voir annexe n° IV, sur cd.

438 La conception selon laquelle le crime de guerre est essentiellement une infraction de droit commun procède d'une certaine tradition doctrinale, initiée par les thèses d'Achille MORIN dès le début des années 1870 (*Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, Tome II, Marchal et Billard, 1872, p. 456). Pour une présentation de ces théories et quelques applications en jurisprudence, Adolphe TOUFFAIT et Jacques-Bernard HERZOG, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », in *La Chambre Criminelle et sa jurisprudence – Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, pp. 695-704.

international, mais comme une violation du droit pénal interne par un ennemi »[439]. Peut-on en déduire que ce texte méconnaît les engagements internationaux de la France ? Auteurs et juges s'accordent à répondre par la négative : *« si on compare [la définition] aux termes du jugement de Nuremberg, dont il résulte que les lois de la guerre se sont progressivement dégagés de coutumes issues de la doctrine des juristes et de la jurisprudence des tribunaux, la conclusion s'impose ! La qualification interne des crimes de guerre [ne contredit] aucun des principes du droit international »*[440]. Quant à l'absence de justification par les lois et coutumes de la guerre, elle reste, comme l'a expliqué Maurice Patin, une condition essentielle de l'accusation[441]. Toutefois, on remarque que le droit international n'est intégré à l'incrimination que par la technique du fait justificatif, affectant l'élément injuste de l'infraction[442].

100. Seuls les tribunaux militaires sont habilités à juger les accusés (article 5) et leur composition mérite d'être soulignée. Comme pour les juridictions d'exception de l'Epuration, la Résistance y est très présente puisque seuls les militaires ayant combattu dans les F.F.I. ou dans une autre organisation similaire peuvent acquérir la qualité de juges militaires[443]. La doctrine n'a pas manqué de relever la difficulté posée par cette règle, bien entendue liée au contexte politique, au regard du droit international tel qu'il est repris en

---

439 Claudia MOISEL, « Les procès pour crimes de guerre allemands en France après la Seconde Guerre mondiale », op. cit.

440 Citant plusieurs arrêts rendus entre 1946 et 1950 par la Cour de cassation, voir Adolphe TOUFFAIT et Jacques Bernard HERZOG, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », op. cit., p. 699.

441 Maurice PATIN, « Chronique de jurisprudence sur l'application de l'ordonnance du 28 août 1944 », *R.S.C.,* 1951, p. 353.

442 Cette question est alors englobée dans celle, plus large, de la culpabilité. Par conséquent, la jurisprudence a estimé que l'arrêt de renvoi doit spécifier que les infractions commises à l'occasion ou sous le prétexte de la guerre ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre (Cass. crim., 31 mars 1949, *Bull. crim.,* n° 128, p. 203) mais qu'il est inutile de poser aux juges une question distincte à ce propos (Cass. crim., 24 juillet 1946, *Bull. crim*., n° 170, p. 254 ; Cass. crim., 8 janvier 1947, *Bull. crim.,* n° 11, p. 15).

443 *« La répression des atrocités allemandes sera l'œuvre des hommes qui ont négligé toutes les menaces et surmonté tous les dangers pour se dresser contre le joug de l'Allemagne »*. Cf. « Comment se fera la répression des crimes de guerre », *Bulletin hebdomadaire d'informations judiciaires*, 4 mai 1945.

droit français[444]. En effet, l'article 63 de la Convention de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre[445] stipule :

> « Un jugement ne pourra être prononcé à la charge d'un prisonnier de guerre que par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentrice. »

Cette garantie juridictionnelle trouve un prolongement en droit français dans l'ancien article 10 du Code de justice militaire, énonçant que les tribunaux appelés à juger les prisonniers de guerre doivent être composés comme pour le jugement des soldats français, par assimilation de grade. Partant, si rien ne s'oppose à la poursuite des criminels de guerre, civils ou militaires, qui ne sont pas prisonniers, l'article 5 de l'ordonnance de 1944 et l'article 10 du Code de la justice militaire semblent bien inconciliables. Il est revenu à la jurisprudence la charge de trancher ce débat.

101. Dans un premier temps, elle s'est montrée plus qu'hésitante. Les tribunaux militaires de cassation avaient tendance à faire prévaloir le Code de la justice militaire sur l'ordonnance[446] alors que, simultanément, la Cour de cassation rendait des arrêts en sens inverse. Celle-ci mettait en avant que les accusés étaient jugés en temps que criminels et non en tant que prisonniers de guerre, d'où la seule application de l'article 5 de l'ordonnance de 1944[447]. Une partie de la doctrine en a déduit, un peu hâtivement, que la Cour consacrait ici une incompatibilité entre le statut de criminel et celui de prisonnier de guerre. Pour ces auteurs, la règle posée à l'article 10 du Code de justice militaire serait *« étrangère »* aux criminels de guerre, indignes d'un traitement impliquant un hommage

---

444 Voir sur le sujet les remarques d'Adolphe TOUFFAIT et Jacques Bernard HERZOG, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », op. cit., pp. 688-695.

445 Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 243.

446 Pour des explications détaillées, Michel DE JUGLART, *Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire – Cour de cassation et tribunaux militaires de cassation*, Sirey, 1946, p. 256.

447 Plusieurs arrêts dans cette veine : Cass. crim., 30 décembre 1948 ; *Bull. crim.*, n° 310, p. 467 ; Cass. crim. 25 mai 1949, *Bull. crim.*, n° 187, p. 292 (*R.S.C.*, 1950, p. 229, obs. HUGUENEY) ; Cass. crim., 16 février 1950, *Bull. crim*., n° 90, p. 58.

rendu à l'armée ennemie, qui ne mériteraient que d'être jugés par un tribunal le plus *« humblement »* composé[448]. A l'inverse, d'autres ont estimé que la Cour avait simplement fait preuve de *« scrupule juridique »*[449] face à la question épineuse de l'application des dispositions de Genève aux infractions commises par les prisonniers de guerre, non seulement pendant leur captivité, mais aussi avant leur capture.

Quelle que soit la raison d'une telle interprétation de la Chambre criminelle, elle a été désavouée par les Chambres réunies dans deux décisions du 26 juillet[450] et 13 décembre 1950[451]. Elles ont en effet déclaré que l'article 63 de la Convention de Genève devait s'appliquer *« sans équivoque possible même lorsque les prisonniers comparaissaient pour des faits antérieurs à leur captivité »*. L'affirmation est on ne peut plus explicite : il est illégitime d'appliquer un traitement différencié aux prisonniers de guerre qui sont aussi des criminels de guerre. Mais la clarté n'empêche pas la critique. D'aucuns[452] ont remarqué une contradiction avec le principe jurisprudentiel classique selon lequel la compétence *ratione materiae* est déterminée par la qualité du prévenu au jour de l'infraction et non à celui de la poursuite[453].

Prenant acte de cette « injonction » des Chambres réunies, la Chambre criminelle a modifié son positionnement et repris cette solution. Toutefois, elle a cherché à en réduire considérablement la portée, en excluant tout recours au Code de justice militaire *« lorsque les criminels de guerre déférés aux juridictions répressives ne présentaient pas la double*

---

448 Avis de Louis HUGUENEY, dans ses observations précitées. Dans le même, Stefan GLASER a émis la thèse selon laquelle *« le caractère du criminel de guerre primait et absorbait celui du prisonnier de guerre »* (Cf. « La protection internationale des prisonniers de guerre et la responsabilité pour les crimes de guerre », *R.D.P.C.,* 1951, p. 897 et suivantes ; « La convention de Genève et les criminels de guerre », *R.D.P.C.,* 1952, p. 517).

449 Adolphe TOUFFAIT et Jacques Bernard HERZOG, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », op. cit., p. 591.

450 Chambres réunies, 26 juillet 1950, *Bull*., n° 218, p. 353 (*J.C.P. éd. G.*, 1950, II, 5808, note BROUCHOT ; *R.S.C*., 1951, p. 110, obs. HUGUENEY ; *R.S.C.*, 1953, p. 334, obs. HUGUENEY).

451 Chambres réunies, 13 décembre 1950, *Bull*., n° 284, p. 469.

452 En particulier Jean BROUCHOT, dans sa note parue à la *R.S.C*. en 1951 précitée.

453 Sur ce principe, voir notamment Pierre BOUZAT et Jean PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome II, Dalloz, 1963, p. 898.

qualité de membre d'une formation militaire ennemie et de prisonnier de guerre »[454]. En somme, elle a évité de placer les criminels de guerre, également prisonniers de guerre, sous les auspices du droit international lorsqu'ils n'étaient pas des militaires *stricto sensu*[455]. Tout privilège juridictionnel a donc été écarté pour les *« para-militaires »*[456]. De plus, elle n'a eu recours à la Convention que pour les prisonniers de guerre proprement dits, c'est-à-dire ceux qui ont été capturés par les forces armées alliées au cours des combats[457]. Finalement, pour résumer et justifier son raisonnement, la haute juridiction a retenu que *« loin de contenir des dispositions contraires aux engagements internationaux de la France, l'ordonnance du 28 août 1944 n'[a] fait que les mettre en application en les combinant avec les règles du droit français »*[458]. Partant, son article 5 doit s'appliquer à tous les auteurs, coauteurs ou complices, qu'ils soient prisonniers de guerre ou non, *« sous la réserve des modifications résultant, éventuellement, en ce qui [concerne] les prisonniers de guerre, de leur grade, suivant les distinctions établies par l'article 10 du Code de justice militaire »*[459].

102. En fin de compte, juger les crimes de guerre s'est révélé tout aussi complexe que juger les crimes de la collaboration. Et côté bilan officiel, l'amertume est aussi de mise. Plus de 20.000 actes juridiquement qualifiables crimes de guerre ont été recensés[460].

---

454 Adolphe TOUFFAIT et Jacques Bernard HERZOG, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », op. cit., p. 693.

455 Cass. crim., 10 février 1955, *Bull. crim.*, n° 96, p. 167, à propos d'individus prétendant être assimilés à des officiers généraux mais n'appartenant pas à l'armée allemande au moment des faits incriminés ; Cass. crim., 27 juillet 1954, *Bull. crim.*, n° 278, p. 479, à l'égard de membres de la Gestapo, considérés comme relevant des autorités policières.

456 Expression de Louis HUGUENEY, « Chronique de droit pénal militaire », *R.S.C.*, 1955, p. 347.

457 Par exemple, qualité non retenue pour un général de la *Waffen S.S.* fait prisonnier après la reddition de l'Allemagne (Cass. crim., 24 mars 1953, *Bull. crim.,* n° 117, p. 194).

458 Adolphe TOUFFAIT et Jacques Bernard HERZOG, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », op. cit., p. 694.

459 Ibidem, Adolphe TOUFFAIT et Jacques Bernard HERZOG citant deux décisions permettant cette interprétation : Cass. crim., 8 janvier 1947, précitée ; Cass. crim., 17 mars 1955, *Bull. crim*., n° 159, p. 281.

460 Henry ROUSSO, « L'épuration en France : une histoire inachevée », op. cit., p. 95. Mais l'auteur conteste la véracité de ce décompte, faute d'informations suffisantes.

D'après le Service de recherche des criminels de guerre ennemis[461], institué à la Libération par le ministre de la Justice pour débusquer les criminels ennemis et centraliser les opérations en la matière[462], près de 19.000 personnes ont fait l'objet d'un ordre d'informer ou d'une citation directe. Or, plus de 16.000 ont bénéficié d'une ordonnance de non-lieu[463]. Cela est symptomatique, selon Claudia Moisel, *« de la nécessité de clore les dossiers, sachant que l'on ne connaîtra jamais la majorité des auteurs et que l'on n'ira pas chercher les contumax »*[464]. Quant au nombre de jugements, il s'élève à 2.345, dont plus de la moitié *in absentia*[465]. Le S.R.C.G.E. a aussi comptabilisé 377 acquittements pour 800 peines de mort[466], 695 peines criminelles et 465 peines correctionnelles. Une cinquantaine de personnes ont été exécutées à la suite de ces verdicts, entre 1944 et 1951[467].

En réalité, beaucoup de ces condamnations ont été prononcées entre 1944 et 1947. A compter de 1947, désormais focalisés sur le début de la « Guerre Froide », les Américains et les Anglais, qui détiennent la plupart des criminels présumés, refusent de donner exécution aux demandes de livraison des suspects. L'ennemi n'est plus allemand mais russe, il n'est plus nécessaire de poursuivre la dénazification entreprise au lendemain de la

---

461 Ci-après S.R.C.G.E.

462 Ordonnance du 14 octobre 1944, *JO* (Alger), Ordonannces et Décrets, 15 octobre 1944, p. 952. Il succède à la Commission intercommissariale des crimes de guerre, mise en place dès 1941 depuis Alger. Situé à Dijon, ce bureau temporaire est notamment chargé de préparer les instructions transmises par la suite aux tribunaux militaires. Les moyens qu'il possède sont très importants. Rattaché à la direction du cabinet du Garde des Sceaux, il dispose de délégations régionales qui travaillent avec les comités locaux de la Libération, les municipalités, la police, la gendarmerie et l'armée, ainsi qu'avec les commandants des camps où se trouvent les prisonniers de guerre allemands. Il est supprimé officiellement en 1948 et cesse de fonctionner l'année suivante.

463 Etat statistique relatif à la répression des crimes de guerre au 1er janvier 1956, Archives nationales, BB 18/7222.

464 Claudia MOISEL, « Les procès pour crimes de guerre allemands en France après la Seconde Guerre mondiale », op. cit.

465 Parmi ces jugements *in absentia*, 956 auraient été prononcés à l'encontre d'Allemands. Ce chiffre a été publié par les autorités allemandes chargées de la réouverture des procédures contre les contumax, à partir d'une liste fournie par la justice militaire française, en 1965. Voir Adalbert RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, Heidelberg/Karlsruhe, Müller, 1979, p. 71.

466 Ce chiffre est extrêmement élevé par comparaison avec les autres pays de l'ouest antérieurement occupés : 10 Allemands condamnés à mort en Belgique, 4 au Danemark, 15 au Luxembourg, 19 aux Pays-Bas et 16 en Norvège. Ibidem, p. 32.

467 Statistiques des jugements contradictoires définitifs de condamnations à la peine capitale prononcés par des juridictions militaires du chef de « crimes de guerre », Archives nationales, BB 18/7222.

guerre[468]. L'instauration de la R.F.A. et de son gouvernement à Bonn, en 1949, renforce la tendance. Dans les cinq années qui suivent, les autorités allemandes requièrent régulièrement la libération des inculpés et l'amnistie des condamnés. Ils évoquent l'obstacle que constituent les procédures judiciaires pour l'apaisement des relations entre les deux voisins. Plus aucune poursuite n'est exercée à compter de la fin de l'année 1954.

103. Les grands criminels de guerre ont largement profité de cette *Vergangenheitspolitik*[469] (politique du passé) voulue par l'Allemagne. Peu d'entre eux ont été poursuivis et jugés par une procédure contradictoire. La plupart des accusés étaient plutôt des soldats de la *Wehrmacht* ou de la *Waffen-S.S.*, aux grades peu élevés, ayant commis des exactions contre les résistants. A une exception près[470], aucun des hauts responsables n'a été exécuté et, dans les faits, les peines subies ont été relativement faibles. Ainsi, l'ambassadeur Otto Abetz, d'abord condamné à vingt ans de travaux forcés[471], a été gracié en 1954[472]. De même, Carl Oberg et Helmut Knochen, jugés comme étant les principaux responsables de la lutte contre la Résistance et condamnés à mort en 1954[473], ont vu leur sanction commuée en emprisonnement à perpétuité. Ils ont ensuite bénéficié de plusieurs remises de peine, avant d'être finalement graciés en 1958 par René Coty et libérés en 1962 par le Général de Gaulle[474]. L'indignation qui s'exprime alors[475]

---

468 Voir la déclaration des Américains datant du 30 juillet 1947 et tendant à arrêter la réception des demandes d'extradition à partir du 1er novembre 1947, expliquée dans une note du chef de la division Justice relative à la prétention du Général Clay, datée du 13 septembre 1947, Archives du Ministère des Affaires Etrangères, NUOI 95.

469 Parfois remplacé par le terme « *Vergangenheitsbewältigung* » (maîtrise du passé), cette notion a été utilisée pour la première fois par l'universitaire Norbert FREI, pour désigner la politique du gouvernement Adenauer cherchant à amnistier les condamnés et à réintégrer les épurés, tout en instaurant un consensus anti-nazi. Voir son ouvrage *Vergangenheitspolitik – die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Munich, C.H. Beck Verlag, 1996, p. 13.

470 Robert Wagner, chef de l'administration civile en Alsace de 1940 à 1944, condamné pour crime de guerre par le tribunal militaire de Strasbourg le 23 avril 1946 et exécuté quelques mois plus tard.

471 Décision du tribunal militaire de Paris en date du 22 juillet 1949.

472 A ce propos, Barbara LAMBAUER, *Otto Abetz et les Français: ou l'envers de la Collaboration*, Thèse de doctorat en Histoire soutenue en 2000 à l'I.E.P. de Paris et publiée chez Fayard, 2001, pp. 668-701.

473 Décision du tribunal militaire de Paris en date du 9 octobre 1954.

474 Pour une synthèse du déroulé du procès et de sa signification, Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, op. cit., pp. 78-79.

n'empêche pas la signature du traité franco-allemand de l'Elysée le 22 janvier 1963[476], texte destiné à la réconciliation et la coopération entre la France et l'Allemagne, qui clôture l'épisode de répression.

104. Aujourd'hui, l'entreprise de condamnation des crimes de guerre et la « justice » de l'Epuration apparaissent comme un échec. La politique, qu'elle soit intérieure ou étrangère, a joué un rôle tangible et regrettable dans la « débâcle judiciaire » de la Libération. Mais au moins, les crimes de guerre et ceux de la collaboration ont été abordés ; on en a parlé, on les a – certes, grossièrement et approximativement – traités. Les crimes racistes n'ont pas eu la même tribune.

§ 2. LES CRIMES RACISTES OUBLIES

105. Paul Ricoeur explique que *« raconter un drame c'est en oublier un autre »*[477]. Aucun doute sur la véracité de cette affirmation lorsqu'on étudie la période post-conflictuelle en France. En effet, peu de place est laissée à la mémoire des victimes qui ne sont pas aussi des héros. L'image triomphante est celle du déporté résistant. A l'inverse, on voit se développer à l'égard des déportés « raciaux » ou « asociaux » une grande indifférence, voire un certain mépris empreint de culpabilisation. Ceux qui sont revenus[478] sont considérés coupables d'activités douteuses, ceux qui sont décédés, coupables de

---

475 *« Il est d'usage, après une exécution capitale de prononcer la formule « justice est faite ». Karl Oberg et Helmut Knochen, bien que condamnés à mort n'ont pas été exécutés. Il n'est donc pas possible de prononcer cette formule ».* Cf. Propos de Lucien STEINBERG publiés dans le journal du Centre de la documentation juive, *Revue du Centre de documentation juive contemporaine – Le Monde Juif* n° 34-35, vol. 18, 1963, p. 89, repris par Claudia MOISEL, « Les procès pour crimes de guerre allemands en France après la Seconde Guerre mondiale », op. cit.

476 Texte du traité disponible **[en ligne]** sur http://www.france-allemagne.fr/Traite-de-l-Elysee-22-janvier-1963,0029 (consulté le 7 février 2014).

477 Paul RICOEUR, *L'histoire, la mémoire, l'oubli,* Seuil, Coll. Points – Essais, 2003, p. 584.

478 Et ils sont peu nombreux : *« La majorité des Juifs français ayant survécu et les rescapés ne représentent que 3% des Juifs déportés, les prisonniers, les requis et les déportés politiques en pyjama rayé qui reviennent par centaines de milliers noient ce petit nombre ».* Cf. Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, Ed. Perrin, 1995, p. 422.

passivité[479]. D'ailleurs, les victimes du génocide ne se montrent pas, comprenant rapidement que l'on ne veut pas les écouter[480]. Au contraire, elles choisissent de se fondre dans le reste de la population pour célébrer le mythe résistant[481]. L'heure est donc, pour tous, au silence et au refoulement. Et, si quelques initiatives ponctuelles d'ordre politique[482] ou culturel[483] voient tout de même le jour, elles sont bien marginales face au « motus » qui s'impose sur le sujet.

106. Ce mutisme généralisé se prolonge dans la sphère juridique. La focalisation sur les crimes de guerre et les crimes de la collaboration, avec toutes les difficultés de leur traitement, conduit à écarter totalement des débats judiciaires les actes à connotation raciste perpétrés sous l'ère hitlérienne. Concrètement, aucun outil spécifique en vue de poursuites éventuelles n'est adopté et les procès intentés contre les criminels de guerre et autres partisans de Vichy ne pallient pas cette lacune.

A. L'ABSENCE D'OUTIL SPECIFIQUE

107. L'impossibilité matérielle de poursuivre et juger en France les auteurs de crimes racistes – relevant notamment de ce que l'on appelle aujourd'hui « la Shoah »[484] –

---

479 A ce sujet, Jean-Michel CHAUMONT, *La concurrence des victimes : Génocide, identité, reconnaissance*, La Découverte/Poche, Coll. Sciences humaines et sociales, 2002, pp. 31-33.

480 *« S'il y eut donc silence des déportés raciaux dans les années qui ont suivi la guerre, ce n'est pas, comme le veut un cliché mélodramatique, parce qu'ils ne pouvaient pas parler, mais parce qu'on ne voulait pas les entendre ».* Alain FINKIELKRAUT, *La mémoire vaine : Du crime contre l'humanité*, Gallimard, Coll. Essais, 1989, p. 39.

481 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, P.U.F., 2010, p. 74.

482 Comme l'inauguration du mémorial du camp d'Auschwitz au cimetière du Père Lachaise en 1949 et celle du mémorial parisien du martyr juif inconnu en 1954, sous l'impulsion du fondateur du Centre de la documentation juive de Grenoble, Isaac Scneersohn.

483 La plus célèbre de ces initiatives culturelles est certainement la sortie en 1955 du film d'Alain RESNAIS, réalisé à partir d'un scénario de Jacques CAYROL, *Nuit et brouillard*, dont le titre renvoie à un décret nazi éponyme du 7 décembre 1941 traitant de la déportation et des camps d'extermination.

484 Mot hébreu qui signifie « anéantissement », « cataclysme », « catastrophe », couramment utilisé depuis les années 1990, consécutivement à la sortie du film de Claude LANZMANN en 1985, pour désigner l'extermination systématique des Juifs durant la Seconde Guerre mondiale. Il est préféré en France au terme « holocauste », qui signifie « sacrifice » et comporte une connotation religieuse. Voir

constitue la première manifestation de l'oubli juridique qui frappe ces faits. Alors qu'elles ont été mises en évidence par le Tribunal militaire international dès 1945, avec l'élaboration de l'incrimination singulière de crime contre l'humanité, les infractions commises en application de l'idéologie raciste nazie ne font l'objet d'aucune pénalisation dans le code pénal français[485]. Aucun texte, ni législatif ni même règlementaire ne réprime ce type d'actes, tout simplement inconnu en droit interne.

La contradiction avec le droit international est flagrante. Certes, à Nuremberg, la notion de crime contre l'humanité est entrée *« par la petite porte »*, selon l'expression célèbre d'Henri Donnedieu de Vabres[486]. Aux termes de l'article 6c Statut, ce crime devait en effet être commis *« à la suite de »* ou *« en liaison avec »* un des autres crimes prévus par le texte, c'est-à-dire un crime contre la paix ou un crime de guerre, ce qui lui niait toute autonomie[487]. Le même juge a d'ailleurs ajouté que cette notion *« s'envola par la même porte lorsque le tribunal prononça le jugement »*[488], soulignant par là que les juges ont refusé d'imputer aux accusés des actes inhumains indépendants des circonstances de la guerre. Il n'en demeure pas moins que les Alliés ont jugé nécessaire d'instituer une nouvelle catégorie criminelle, pénalisée par le droit international. Ils ont d'ailleurs poursuivi et sanctionné des prévenus sur le fondement de l'article 6c, concurremment ou non avec un autre chef d'inculpation[489]. Au surplus, le verdict a bien décrit dans le détail

---

Encyclopaedia Universalis, article intitulé « Shoah », disponible **[en ligne]** sur www.universalis.fr/encyclopaedia/shoah/ (consulté le 24 janvier 2014) ; voir également Ruth VOGEL, « Mémoires, traces et silences : la Shoah en R.F.A. », in Jean-Charles MARGOTTON et Marie-Hélène PERENNEC (sous la dir.), *La mémoire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2003, p. 61.

485 Tout au plus, nous pouvons relever une fugace référence à la politique discriminatoire du III[ème] *Reich* dans l'article 1[er] de l'ordonnance du 26 août 1944 créant l'indignité nationale. Cette disposition dresse une liste d'auteurs potentiels d'indignité nationale, parmi lesquels les responsables du ministère de la Propagande et du Commissariat général aux questions juives et toute personne ayant par écrit ou par la parole devant public fait l'apologie *« du racisme ou des doctrines totalitaires »*. Pour des extraits du texte, voir annexe n° IV, sur cd.

486 Henri DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *R.C.A.D.I.*, tome 70, Sirey, 1947, p. 527.

487 Pierre TRUCHE explique cela par *« la volonté des États-Unis d'Amérique de ne pas ouvrir la porte à un droit d'intervention dans les affaires intérieures d'un État en dehors du cas de guerre »*. Voir « Le crime contre l'humanité », *Les Cahiers de la Shoah* n° 1, 1994, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.anti-rev.org/textes/Truche94a/ (consulté le 24 janvier 2014).

488 Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Le procès de Nuremberg*, op. cit.

489 Cf. supra §65.

l'oppression raciste, de la persécution à l'extermination, en passant par la traque et la déportation des Juifs, Tziganes, homosexuels et autres individus jugés anormaux. Par conséquent, l'absence totale des crimes contre l'humanité dans le droit pénal français apparaît en décalage avec les préconisations du droit international.

108. Ce silence est d'autant plus troublant lorsqu'on le compare avec le régime des crimes de guerre. On le sait, perpétrés par des nationaux ennemis contre des Français, ils sont punis sur le fondement de l'ordonnance du 28 août 1944 telle que modifiée par la loi du 15 septembre 1948, renvoyant au code pénal et au code de justice militaire. D'ailleurs, la doctrine a noté que *« la France est le premier pays occupé à avoir décidé de la répression des crimes de guerre »*[490], immédiatement après la Libération. Et le fossé se creuse encore lorsqu'on remarque qu'il n'existe pas d'organe comparable au S.R.C.G.E.[491] chargé de rechercher les criminels contre l'humanité. Aucun service de ce type n'a été créé par le G.P.R.F. pour s'occuper de rassembler des pièces de procédures utiles dans d'éventuels procès du chef de crimes à caractère discriminatoire.

109. La « polarisation » sur les crimes de guerre et de collaboration, priorité absolue pour les autorités dès l'arrivée au pouvoir du gouvernement provisoire, est patente. Elle s'est faite au détriment d'une répression des crimes contre l'humanité, complètement occultés. En l'absence de disposition incriminatrice et d'organe opérationnel, aucune poursuite n'a pu être initiée sur ce fondement. Mais les manifestations de ce « refoulement juridique » ont été bien au-delà.

---

490 Claudia MOISEL, « Les procès pour crimes de guerre allemands en France après la Seconde Guerre mondiale », op. cit.

491 Organe évoqué supra §102.

B. LE SILENCE DE LA JURISPRUDENCE

110. Force est de constater que la justice française d'après-guerre n'avait vraiment que faire des crimes racistes, commis concurremment des infractions de guerre ou de collaboration. On aurait pu attendre des procès qui ont eu lieu pour crimes de guerre ou indignité nationale que les persécutions racistes soient jugées à la hauteur de leur atrocité. Au-delà de la constitution des archives et du témoignage de l'histoire, il était légitime d'espérer que les actes de déshumanisation de certaines populations soient non seulement mis en lumière au cours des débats mais aussi réprimés sévèrement. Cela n'a pas été le cas. Il importait peu aux juridictions de l'époque de sanctionner ces infractions spécifiques. L'éminent procès dirigé contre le Maréchal Pétain, qui s'est tenu à partir du 23 juillet 1945 devant la Haute Cour de Justice, en est une première illustration[492].

111. L'acte d'accusation dressé le 23 avril 1945 s'annonce pourtant prometteur. Y sont évoqués le statut des Juifs adopté sous les ordres de Pétain ainsi que les déportations : *« La France est en droit de reprocher au Maréchal (...) l'asservissement à l'Allemagne, asservissement auquel, sur le terrain législatif, le Gouvernement de Vichy s'est prêté en calquant sa législation sur celle du Reich, (...) en mettant hors la loi commune des catégories entières de Français et en organisant la persécution contre elles à l'instar de ce qui se passait sous le régime hitlérien, puis encore en livrant lui-même au bourreau les victimes qu'exigeait de lui le Reich (...) »*[493]. Un peu plus loin, les propos du procureur général se font encore plus incisifs : *« Comment justifier d'avoir, au lieu de se retrancher*

---

492 Le procès de René Bousquet devant la Haute Cour de justice, acquitté le 23 juin 1949 du chef d'atteinte aux intérêts de la défense nationale mais déclaré convaincu du crime d'indignité nationale s'inscrit aussi dans cette ligne (voir Henry ROUSSO, « Une justice impossible. L'épuration et la politique antijuive de Vichy », *Annales – Economies, Sociétés, Civilisations* n° 3, 1993, pp. 762-766). Il en est de même pour le procès Oberg-Knochen devant le tribunal militaire de Paris en 1954 : *« Même lorsqu'étaient présentées des preuves de la Shoah – comme en 1954 dans le procès de Karl Albrecht Oberg, commandant S.S. en poste en France de 1942 à 1944, et de son adjudant Helmut Knochen – le public ne comprit pas l'importance symbolique de l'événement. Les priorités nationales résidaient ailleurs. »* Cf. Michael R. MARRUS, « L'histoire et l'Holocauste devant le prétoire », in Florent BRAYARD (sous la dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire – 1943-2000*, Bruxelles, Ed. Complexe, Coll. Histoire du Temps Présent, 2000, p. 33.

493 *Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général de la Haute Cour de Justice*, Imprimerie des Journaux Officiels, 1945, p. 8.

derrière l'impossibilité d'aller à l'encontre de toute la législation, comme de toutes les traditions françaises, édicté ces abominables lois raciales dont il eut cent fois mieux valu laisser aux autorités occupantes le soin d'en appliquer les principes ? »[494] Néanmoins, le magistrat est loin de voir dans les crimes racistes une catégorie infractionnelle autonome, digne d'être traitée en tant que telle, précisant immédiatement que tous ces éléments procédent d'une *« volonté de complaisance équivalant à la trahison »*[495]. La question juive n'est donc pas particulièrement à charge. Ce qui est reproché au gouvernement de Vichy représenté en la personne de Pétain, *« c'est d'avoir adopté la conception hitlérienne du droit »*[496]. Ainsi que beaucoup l'ont soulevé, le nom du Maréchal est associé à Montoire[497], pas à Auschwitz. Par conséquent, l'inculpé doit répondre des faits de complot contre la sûreté intérieure de l'Etat et d'intelligence avec l'ennemi dans le but d'en favoriser les entreprises, incriminés aux anciens articles 87 et 75 du Code pénal français.

112. Au cours des débats, les allusions sont minces quant à l'implication du chef d'Etat dans l'extermination commanditée par le *Führer*. La législation raciale, imitée de celle de l'Allemagne, aux termes de laquelle se sont déroulées les exactions, n'est pas vraiment examinée. Un auteur remarque à ce propos que, dans le dossier d'instruction, il y a une *« disproportion extrême entre la multiplicité des textes, légaux ou réglementaires (...) réunis et les documents recueillis par l'information sur tant de faits qui constituent un défi pour l'humanité »*[498]. D'autres sources apportent des éléments de contexte[499] et

---

494 Ibidem.

495 Idem.

496 Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, op. cit., p. 423.

497 Commune dans laquelle s'est déroulée l'entrevue du Maréchal Pétain avec Hitler le 24 octobre 1940, au cours de laquelle le principe de la collaboration avec la puissance occupante fut établi. Sur le sujet François DELPLA, *Montoire, les premiers jours de la collaboration*, Albin Michel, 1996, 504p.

498 Louis NOGUERES, *Le véritable procès du Maréchal Pétain*, Fayard, 1955, p. 269. L'auteur consacre un chapitre de son ouvrage à l'étude des documents relatifs aux lois raciales et aux raisons de leur « dissimulation ».

499 On trouve notamment un exposé daté de novembre 1940, qui donne un aperçu des migrations juives et du statut des Israélites depuis la fondation de cette communauté avant l'ère chrétienne jusqu'aux victoires du nazisme, et une notice spéciale sur les réfugiés venus d'Allemagne dans les années précédant le déclenchement de la Seconde Guerre mondiale.

d'appréciation à charge[500] ou à décharge[501], mais elles ne sont pas utilisées à leur juste valeur. Quant aux témoins appelés à la barre, de la défense ou de l'accusation, soit ils se montrent muets sur cette problématique, soit ils la survolent de façon artificielle[502]. En toute hypothèse, ils préfèrent discuter, au cours de véritables joutes oratoires[503], du dévoiement par Pétain de ses fonctions et du déshonneur de l'armistice de 1940. Il est aussi question de sa responsabilité dans la répression de la Résistance ou encore dans la mort de jeunes soldats à Oran, lors du débarquement anglo-américain en Afrique du Nord.

113. Les réquisitions n'apportent pas plus d'éclairage[504]. Hargneux, le procureur général débute son discours par une tirade sur la honteuse trahison dont est victime la France depuis plus de quatre années : *« ce qu'une nation ne peut pardonner à ceux qui la représentent, c'est de la condamner à accepter définitivement la défaite, (...) c'est de l'humilier à la face du monde, c'est de l'asservir à son vainqueur, (...) d'apporter à l'ennemi commun une aide à peine camouflée »*[505]. Il parle de « vanité », d' « instinct

---

500 Louis NOGUERES cite une déposition faite par l'abbé Glasberg qui se trouvait au mois d'août 1942 au camp de Vénissieux avec huit cents Juifs étrangers arrêtés par la police lyonnaise : *« Le préfet délégué de Lyon (...) entendant les cris des femmes qu'on séparaît de leurs enfants me dit : « C'est abominable ce que nous faisons ! » Je lui ai répondu : « Et pourtant vous le faites ! » Alors il me répondit : « Il faut obéir au Maréchal ». »* (Cf. *Le véritable procès du Maréchal Pétain*, op.cit., p. 282).

501 Nous pensons notamment à une lettre du 24 août 1943 par laquelle Pétain affirme refuser un nouveau projet de loi raciale proposé par les Allemands, qui visait à la dénaturalisation automatique des Juifs français depuis 1927 : *« Le Maréchal estime ne pouvoir signer ce projet. Par son caractère collectif, ce texte ne permet au Maréchal de faire aucune discrimination entre les individus, dont certains ont pu rendre des services à la France »*. Cf. Ibidem, pp. 288-289.

502 Il convient de mettre à part le témoignage, le 9 août 1945, de Fernand de Brinon, ancien délégué général du gouvernement dans les territoires occupés, qui est on ne peut plus clair. Il aborde les exigences allemandes en matière de réquisition des travailleurs ou de déportation des Juifs et explique avoir participé à des persécutions, sur ordre des autorités de Vichy et de Pétain.

503 L'un des épisodes les plus marquants fut le « duel » entre Paul Reynaud, ancien président du Conseil de la III^{ème} République qui a fait appel à Pétain pour intégrer son gouvernement le 16 mai 1940 et lui a laissé l'initiative des décisions importantes, et Maxime Weygand, ancien commandant en chef des armées françaises et fervent partisan de l'armistice, qui reproche à Reynaud sa lâcheté en 1940 comme devant les jurés. Pour une présentation, Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, op. cit., pp. 172-185.

504 Voir notamment les explications du réquisitoire par Jean-Marc VARAUT, Ibidem, p. 346 et suivantes ; voir également Jules ROY, *Le grand naufrage – Chronique du procès Pétain*, Albin Michel, 1995, p. 249 et suivantes.

505 *Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général de la Haute Cour de Justice*, op. cit., p. 319.

autoritaire », de « haine » pour le régime précédent, d'attentat contre la République et contre la nation avec le concours de la force allemande. Il décrit aussi les différents moyens d'aider l'ennemi. Une seule mention est faite de la politique antijuive, au sujet de la loi instituant le statut des Juifs en 1940. Pas un mot sur les textes ultérieurs, la Milice ou encore les rafles organisées avec la collaboration des autorités françaises. *In fine*, le réquisitoire doit se terminer comme il a commencé : *« le gouvernement de Pétain, né de la défaite et d'un abus de confiance, n'a pu se maintenir pendant quatre années qu'en acceptant l'aide, le soutien de la force allemande, en mettant sa politique au service de la politique allemande, en collaboration dans tous les domaines avec la politique d'Hitler. Cela, messieurs, c'est la trahison »*[506].

En réponse[507], la défense dresse d'abord un tableau valorisant du Maréchal et de ses faits d'armes au cours de la Première Guerre mondiale, avant de légitimer l'armistice comme étant un « contrat » nécessaire et négocié qui a permis l' *« immense soulagement (...) de la majorité des Français à ce moment là »*[508]. Ensuite, par une attaque virulente portée directement à l'encontre du ministère public, on tente de démontrer qu'il n'y a eu ni préméditation, ni complot, ni prise de pouvoir illégale. La collaboration est présentée comme une *« politique de temporisation »*[509], à l'opposé de celle d'adhésion de Laval. Son âge avancé est même utilisé comme argument pour justifier ses actions, non sans soulever le mécontentement de l'accusé[510]. Puis, la parole est à M[e] Isorni pour une intervention remarquée. En effet, l'avocat prend le temps de s'appesantir, pour la première fois depuis le début du procès, sur les lois raciales. Il s'intéresse à l'implication personnelle de Pétain dans ce cadre, pour mettre en lumière les « bonnes actions » dont l'homme politique a été l'auteur : refus du port de l'étoile jaune en zone libre, refus d'une loi de dénaturalisation automatique de Juifs. Il insiste sur l'iniquité d'une confusion des mesures prises par

---

506 Ibidem, p. 336.

507 Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, op. cit., p. 357 et suivantes.

508 Propos du bâtonnier Payen dans sa plaidoirie du 13 août 1945, *Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général de la Haute Cour de Justice*, op. cit., p. 348.

509 Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, op. cit., p. 364.

510 Voir la deuxième plaidoirie du bâtonnier Payen, le 14 août 1945, *Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général de la Haute Cour de Justice*, op. cit., p. 355.

l'Allemagne avec celles adoptées par le Maréchal et compare la situation française avec celle de la Pologne, de la Hollande ou de la Belgique. Mais cette démonstration n'est en réalité qu'un pont avec ce qu'il estime être le plus « préoccupant » pour les jurés : Pétain et la Résistance. Du reste, la péroraison lyrique qui clôture sa plaidoirie est le seul passage vraiment retenu, tant par la cour que par les journalistes.

114. C'est pour forfaiture, et plus précisément pour haute trahison et intelligence avec l'ennemi[511], que Philippe Pétain est finalement condamné le 15 août 1945[512], sans que soit prise en compte l'existence et l'ampleur de sa participation à l'Holocauste[513]. D'aucuns estiment ce jugement relativement cohérent dans la mesure où la solution finale, n'ayant été affichée par le chef de l'Etat dans aucun de ses discours ou messages, n'aurait eu qu'une place bien marginale dans ses actes[514]. D'autres notent que les persécutions discriminatoires ne sont pas totalement absentes du verdict prononcé contre le haut dignitaire[515], en citant la mention suivante : *« la France adoptait bientôt une législation raciale calquée sur celle de l'Allemagne »*[516]. Mais noyée dans le flot des informations relatives à la signature de l'armistice, à la prise des pleins pouvoirs et à la destruction progressive des institutions républicaines, ou encore aux prisonniers et requis du travail

---

511 Le second chef d'accusation est écarté *« en dépit de lourdes présomptions qu'il a appelé dans ses divers gouvernements des hommes mêlés à des mouvements factieux »*, faute de preuve suffisante de collusion en vue d'attenter à la sûreté de l'Etat. Ibidem, p. 385.

512 Condamnation à mort, à l'indignité nationale et à la confiscation de ses biens, mais la Haute Cour émet le vœu, compte tenu de l'âge du Maréchal Pétain, que la condamnation à mort ne soit pas exécutée. Deux jours plus tard, le Général de Gaulle signe la grâce et commue la peine en détention perpétuelle, alors que cette sanction n'existe pas dans le Code pénal de l'époque.

513 *« L'accusation d'intelligence avec l'ennemi, au sens traditionnel de la trahison, ne convient pas au pacte avec le diable que le vainqueur de Verdun crut pouvoir passer. A ce niveau, la qualification pénale de trahison n'est pas appropriée »*. Cf. Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, op. cit., p. 24.

514 Ibidem p. 421, avec référence à la biographie de Marc FERRO, *Pétain*, Ed. Hacette, Coll. Pluriel, 1993, 789p. L'auteur signale qu'à l'inverse, Hitler avait exprimé publiquement sa haine des Juifs dès son entrée en politique en 1919, puis dans le tome II de *Mein Kampf* en 1925 et dans son testament politique rédigé en avril 1945.

515 Pierre TRUCHE, « Le crime contre l'humanité », op. cit. Pour sa part, Henry ROUSSO estime même que l'implication de Pétain dans la politique antijuive *« figure en bonne place »* dans la décision rendue (« Une justice impossible. L'épuration et la politique antijuive de Vichy », op. cit., p. 753).

516 *Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général de la Haute Cour de Justice*, op. cit., p. 385.

forcé, cette phrase succincte ne nous semble pas attester d'une réelle considération pour les déportés raciaux. Comme le remarque Jean-Marc Varaut, ce seul motif n'aurait pas permis de qualifier l'intelligence avec l'ennemi, *« et cela bien que l'adoption des lois antijuives ait été (...) l'annonce de l'inféodation d'un Etat à la grande Allemagne »*[517].

115. Ce procès qui devait être *« un des plus grands de l'Histoire »*[518], révélateur d'un aspect capital de la politique du Maréchal Pétain, laisse donc l'impression d'une occasion manquée : *« on l'espérait grandiose, édifiant ou vengeur. (...) On souhaitait qu'il mettrait à jour la réalité de Vichy. (...) Le procès de Vichy a constitué l'une des plus belles mystifications des lendemains de la Libération. Non parce que ce procès fut inique, comme certaines voix le disent complaisamment aujourd'hui, mais bien au contraire parce que les sophismes, l'escamotage des vraies questions en furent la règle »*[519]. L'exclusion, la persécution puis la déportation de milliers de Juifs et individus jugés asociaux n'ont été qu'une « anecdote de plus », sans que cela n'ait semblé émouvoir personne[520].

C'est étonnant quand on pense qu'au même moment, de l'autre côté du Rhin, la France et ses trois alliés rédigent les statuts du tribunal devant lequel les crimes contre l'humanité feront bientôt leur entrée, dépeints avec maintes détails plus sordides les uns que les autres. En outre, ce qui frappe aujourd'hui, c'est que d'autres dispositions pénales auraient pu trouver à s'appliquer. En effet, l'article 114 de l'ancien Code pénal disposait :

> « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit

---

517 Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, op. cit., p. 423.

518 Expression de Paul Mongibeaux, président de la Haute Cour de Justice pour le procès Pétain, *Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général de la Haute Cour de Justice*, op. cit., p. 3.

519 Christophe KANTCHEFF, « Werth, un fantôme et des revenants », préface à Léon WERTH, *Impressions d'audience – Le procès Pétain*, Ed. Viviane Hami, 1995, p. 9.

520 Un seul Israélite s'est adressé au procureur et aux jurés pour revendiquer une place pour sa communauté dans l'incrimination du Maréchal : *« On doit souhaiter que dans ce grand procès d'épuration de la France, soit levé le secret où, depuis la Libération, a été mis le problème juif, rouvert en 1940, développé, pendant cinq ans, dans le crime et l'injure, renfermé dans le silence ».* Cf. Extrait d'un courrier d'Henri HERTZ en date du 10 août 1945 et publié dans le journal sioniste *La Terre Retrouvée*, quinze jours plus tard. Mais cela n'a pas eu le retentissement escompté ; sa lettre n'a reçu ni suite, ni réponse.

aux droits civiques d'un ou plusieurs citoyens, soit à la Constitution, il sera condamné à la peine de dégradation civique ».

L'article 115 prévoyait quant à lui que :

« Si c'est un ministre qui a ordonné ou fait les actes mentionnés à l'article précédent, il sera puni de bannissement ».

Le recours à ces incriminations aurait permis d'imputer au Maréchal sa participation acceptée à la politique hégémonique nazie, y compris sous la contrainte ou la force majeure. Mais encore aurait-il fallu que le sort final des déportés pour motif discriminatoire fasse l'objet d'une juste discussion... Près de trente ans passeront avant que celle-ci ait lieu[521].

116. Dans d'autres procédures tenues à la Libération, la politique antijuive est davantage abordée lors des audiences. Néanmoins, en l'absence d'incrimination spécifique sanctionnant les persécutions racistes, aucune condamnation ne peut être rendue sur ce fondement. *« Dans presque tous les procès, l'accusation [estime] que l'antisémitisme [entre] dans la logique de la collaboration avec l'ennemi. (...) Dans le contexte de l'époque, dans l'esprit des magistrats comme des jurés, la trahison et la collaboration [sont] supérieures dans l'échelle des crimes au racisme et à l'antisémitisme, même dans les cas d'exactions manifestes »*[522].

A titre d'exemple, arrêtons-nous un instant sur l'affaire Vallat[523], importante *« car l'antisémitisme idéologique du régime (...) en constitue le point central »*[524]. En effet, loin de renier ses convictions, cet ancien commissaire aux questions juives, affirme devant les juges être le fervent partisan du racisme d'Etat développé pendant l'Occupation. Il s'indigne d'ailleurs qu'on puisse le considérer comme un simple instrument de l'action

---

521 Nous expliquerons cette idée dans le second titre de cette partie.

522 Henry ROUSSO, « Une justice impossible. L'épuration et la politique antijuive de Vichy », op. cit., pp. 767-768.

523 Procès qui s'est déroulé du 2 au 10 décembre 1947 devant la Haute Cour de Justice.

524 Henry ROUSSO, « Une justice impossible. L'épuration et la politique antijuive de Vichy », op. cit., p. 756.

menée par les Allemands[525]. De plus, pendant l'audience, les exactions contre les Israélites sont largement évoquées, notamment par le parquet[526]. Cependant, la cour ne va fonder son verdict que sur *« l'esprit de collaboration le plus loyal »*[527] qui aurait animé Xavier Vallat. Elle refuse de prendre en compte la revendication par l'inculpé lui-même d'un *« antisémitisme autochtone »*[528], écartant tout reproche quant à son implication dans les crimes racistes. Finalement, elle ne réprime que le zèle avec lequel il a aidé l'ennemi allemand. En conséquence, elle prononce une peine de dix ans de détention[529] ainsi que la dégradation nationale à vie, pour indignité nationale et « entreprise de démoralisation de l'armée ou de la nation ayant pour objet de nuire à la défense » (article 76 du Code pénal).

Peut-être moins « spectaculaire » mais tout aussi intéressant, le procès des gendarmes du camp de Drancy mérite également notre attention[530]. Consécutif à une série de plaintes déposées par des survivants, il se déroule entre mars et juin 1947 devant la cour de justice de la Seine. Huit gardiens du camp[531] sont accusés d'avoir perpétré, entre 1941 et 1944, diverses spoliations, brimades et brutalités envers des prisonniers. Fait remarquable, c'est sans doute la seule procédure d'après-guerre où plusieurs victimes juives sont appelées à la barre en tant que témoins de l'accusation[532]. En outre, les réquisitions mentionnent explicitement la spécificité des infractions antisémites : *« il est évident que les coups et blessures, que les brimades sont, d'une façon générale, des délits de droit commun, mais*

---

525 *Le procès de Xavier Vallat présenté par ses amis*, préfacé par Marie-Madeleine MARTIN, Ed. Le Conquistador, 1948, pp. 107-109.

526 Sur les dix-sept pages de réquisitions, quatorze y sont consacrées.

527 *Le procès de Xavier Vallat présenté par ses amis*, p. 89.

528 Henry ROUSSO, « Une justice impossible. L'épuration et la politique antijuive de Vichy », op. cit., p. 756.

529 Avec circonstances atténuantes du fait de son invalidité de guerre.

530 Compte-rendu exhaustif du procès réalisé par M[e] Henri BLAUSTEIN, *Notes prises sur le « procès de Drancy » à la cour de justice de la Seine*, manuscrit disponible aux archives l'I.H.T.P., 1947, 121p. Pour une présentation succincte, Maurice RAJSFUS, *Drancy. Un camp de concentration très ordinaire, 1941-1944*, Levallois-Perret, Ed. Manya, 1991, pp. 98-103.

531 C'est-à-dire des subalternes. Les responsables de la hiérarchie policière sont les grands absents de ce procès, ce que regrette Henry ROUSSO. Il aurait souhaité que cette instance soit *« un jalon essentiel de l'épuration »* (« Une justice impossible. L'épuration et la politique antijuive de Vichy », op. cit., p. 759).

532 Dans toutes les autres procédures, lorsque des Juifs ont été invités à témoigner, c'est à la décharge des inculpés, pour faire valoir les protections que ceux-ci leur ont accordées ponctuellement. Cf. Ibidem.

pas quand ceux qui en sont les victimes sont des Israélites, victimes des persécutions allemandes [qui] ont commis le seul crime d'être israélites (...) »[533]. Pourtant, c'est bien pour actes de collaboration que l'accusation réclame justice. Quant à la sentence, elle est encore plus surprenante : trois agents sont acquittés ; les autres se voient infliger des peines d'emprisonnement et/ou de dégradation nationale pour « actes nuisibles à la défense nationale » (article 83 du Code pénal)[534].

117. Sélectives donc, sont les condamnations dans l'immédiat après-guerre. Certes, la politique antijuive développée par l'Allemagne avec la collaboration de Vichy n'est pas totalement écartée des débats. Cependant, compte tenu de l'absence de texte incriminateur et eu égard à la jurisprudence, c'est une sorte de *« conspiration du silence »*[535] qui se met en place – assez logiquement au vu du contexte politique et social – pour les victimes raciales. Quant aux autres infractions, elles sont traitées par une justice rudimentaire et défectueuse, quand elles font l'objet d'une véritable procédure judiciaire. Si des voix se font entendre pour dénoncer ces errements, elles sont insuffisantes en nombre et peu écoutées.

Comme l'affirme un dicton populaire, il faut *« balayer devant sa porte ».* La France aurait dû s'en inspirer pour élaborer sa législation et mettre en place, comme elle a eu la prétention de vouloir le faire avec ses alliés en Allemagne, une justice plus rigoureuse.

---

533 Réquisitoire du substitut Cénac, 22 mars 1947, notes BLAUSTEIN précitées, pp. 39-40.

534 Cet article, à la différence de l'article 75 relatif à l'intelligence avec l'ennemi, ne prévoit pas la peine de mort. Certains auteurs le considère comme une disposition *« passe-partout »* à laquelle on est tenté de recourir lorsqu'on se trouve dans l'embarras (opinion de Pierre HUGUENEY, reprise par Emile GARÇON, *Code pénal annoté*, Tome I – Art. 1 à 294, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, Sirey, 1952, art. 83, p. 396).

535 Pierre MOUTIN et Marc SCHWEITZER, *Les crimes contre l'humanité, Du silence à la parole – Etudes cliniques,* Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Mémoire vivante de la déportation, 1994, p. 30.

SECTION II.

EN ALLEMAGNE : JUSTICE SOUS TUTELLE

> « La présence massive des forces d'occupation (…) fit que l'épuration politique en Allemagne était caractérisée par des procédures judiciaires et bureaucratiques et non pas (…) par une revanche sanglante. C'était aussi l'expression d'un état d'esprit entièrement différent non seulement du point de vue politique et intellectuel, mais aussi de celui des mentalités : au printemps 1945, la plupart des Allemands se sentaient moins libérés que vaincus. »[536]

118. Outre Rhin, au cours de l'été qui suit la chute du régime hitlérien, ce n'est pas la vengeance qui est au centre des préoccupations. Comme l'explique Norbert Frei, *« il n' [est] question ni de fureur populaire, ni d'un large besoin de pratiquer la loi du talion. Au contraire, les règlements de compte avec le nazisme et ses serviteurs [passent] par les voies du droit formel, et ceci pratiquement dès le début »*[537]. En effet, l'occupation du territoire par les Alliés à l'issue de la guerre et la politique de dénazification qu'ils développent dans les quatre zones s'accompagnent, très tôt, de l'organisation de poursuites contre les criminels allemands. Certains sont jugés par des tribunaux militaires d'occupation, d'autres, avec l'accord des Alliés, par des juridictions allemandes. Dans les deux cas, la tutelle étrangère pèse sur la justice rendue en R.F.A.

119. La déclaration signée le 30 octobre 1943[538], à la suite de la conférence tripartite qui s'est tenue entre les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et la Russie à Moscou, a déjà partagé

---

536 Norbert FREI, « Le retour du droit en Allemagne. La justice et l'histoire contemporaine après l'Holocauste – Un bilan provisoire », traduit de l'allemand par Vincent VON WROBLESKY, in Florent BRAYARD (sous la dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire – 1943-2000*, op.cit., p. 60.

537 Ibidem.

538 Déclaration plusieurs fois évoquée, pour les références, voir note n° 275.

le contentieux des infractions commises au cours du conflit. Les plus hauts responsables, c'est-à-dire aux yeux des vainqueurs ceux dont les crimes n'ont pas été localisés dans un pays en particulier, doivent être poursuivis devant le Tribunal de Nuremberg[539]. Les « petits », quant à eux, le seront selon un principe de compétence territoriale ; chaque Etat antérieurement occupé est habilité à poursuivre et condamner les délits perpétrés par les Allemands sur son territoire. Cette première répartition, malgré sa relative clarté, pose toutefois de nombreuses difficultés[540]. D'un point de vue juridique, comment traiter les crimes commis en Allemagne contre les nationaux allemands ou les apatrides ? Et d'un point de vue pratique, comment traduire devant l'instance internationale l'ensemble des agents à l'égard desquels les tribunaux internes ne se reconnaissent pas territorialement compétents ?

La réponse à ces questions va être apportée par une organisation juridictionnelle extrêmement complexe et qui restera, finalement, assez disparate. L'article 6 de l'Accord de Londres a prévu *« des tribunaux nationaux ou des tribunaux d'occupation déjà établis, ou qui seront créés, (...) en Allemagne pour juger les criminels de guerre »*[541]. Certains ont pensé, dans un premier temps, que l'expression *« tribunaux nationaux »* excluait les cours allemandes[542]. Pourtant, d'autres textes ont établi la possibilité d'un contentieux devant ces

---

539 Une partie de la doctrine conteste l'usage des notions de « grands criminels » et de « lieu du délit » pour définir la compétence du tribunal international, qui n'auraient aucun sens au regard du Statut de Nuremberg : *« si la juridiction exercée par le Tribunal militaire international a été, de fait, limitée aux dirigeants de l'empire nazi, cela tenait, d'une part, à des raisons juridiques (...) et, d'autre part, à une raison politique évidente. Juridiquement, l'incrimination de crimes contre la paix, liée au concept de plan concerté et de complot, ne s'appliquait qu'aux gouvernants nazis. Politiquement, il allait de soi que l'on réservât le jugement des chefs nazis les plus éminents au tribunal le plus éminent ».* Sur ce point, Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Thèse de doctorat en Droit, 1960, publiée à la L.G.D.J., 1960, p. 54 et suivantes.

Notons dès à présent que cet ouvrage fait figure de référence concernant la législation et les procès de la période post-conflictuelle en Allemagne. Notre étude sera fondée en grande partie sur ces travaux.

540 Ibidem, p. 54.

541 Il convient de ne pas restreindre cette disposition aux seuls crimes de guerre entendus *stricto sensu* et de l'interpréter comme dans l'intitulé de l'Accord de Londres « concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe », autrement dit dans un sens générique permettant d'englober l'ensemble des incriminations du statut.

542 *« Cette mention des tribunaux nationaux à l'article 6 de l'accord du 8 août 1945 devait-elle s'appliquer également, dans l'intention des rédacteurs de cet instrument, à des tribunaux allemands ? Ce n'est pas certain. Il semble en tout cas que, dans leur esprit, les criminels de guerre « mineurs » devaient être jugés en Allemagne et que la mission de les juger devait incomber principalement aux tribunaux*

juridictions nationales. Chaque puissance occupante a donc bénéficié d'une marge de manœuvre importante, non seulement pour l'organisation de ses propres tribunaux militaires, mais également pour déléguer – ou pas – le pouvoir de juger certains crimes aux tribunaux germaniques. Partant, même si le Conseil de Contrôle Allié, institué en septembre 1945[543], a tenté de rationaliser les poursuites en votant une loi dite « loi n° 10 », les difficultés pratiques sont demeurées nombreuses.

L'analyse de ce texte est un préalable indispensable à la compréhension de l'enchevêtrement des procédures judiciaires intentées au cours de cette période.

§ 1. LA LOI N° 10

120. Dans son préambule, la loi n° 10 relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité[544] met en avant les objectifs de son adoption. Elle doit avant tout mettre en œuvre les prescriptions de la Déclaration de Moscou et celles de l'Accord de Londres. Ensuite, elle ambitionne de créer en Allemagne une base juridique solide et unique pour toutes les poursuites judiciaires contre les criminels de guerre et délinquants assimilés, hormis ceux justiciables du Tribunal de Nuremberg.

Il faut dire que la situation, depuis la capitulation de l'Allemagne, est loin d'être satisfaisante[545]. Des tribunaux d'occupation ont été mis en place. Ils ont été formellement

---

d'occupation ». Cf. Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 56, reprenant les interrogations formulées par Herbert KRAUS dans son ouvrage *Kontrollratsgesetz Nr. 10*, Hambourg, Rechts- u. Staatswiss. Verlag, 1948, p. 19.

543 Sur l'institution de cet organe et ses compétences, §59.

544 En date du 10 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de Contrôle en Allemagne*, 1945, p. 50. Voir annexe n° III, sur cd. La nature de ce texte est discutée. S'agit-il de droit international ou de droit allemand ? Henri MEYROWITZ a examiné cette question et montré que la jurisprudence ne l'a pas clairement tranchée. Néanmoins, en toute hypothèse, la loi n° 10 doit être considérée comme supérieure à la loi ordinaire et à la loi constitutionnelle allemande, soit en tant que règle supranationale, soit en tant que règle de l'*occupatio bellica*. Cf. *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., pp. 198-205.

545 Pour la période précédent l'adoption de la loi n° 10, Ibidem, pp. 54-61.

créés par la « Proclamation » n° 1[546] édictée par le Général Eisenhower en tant que commandant suprême des Forces expéditionnaires alliées (S.H.A.E.F.)[547]. Leur compétence a été précisée par une « ordonnance » n° 2[548] ; elle enserre *« les infractions aux lois et usages de la guerre, les infractions aux proclamations, lois, ordonnances, avis ou ordres édictés sous l'autorité du gouvernement militaire ou des Forces alliées, ou par l'un d'eux, les infractions à l'encontre des lois des territoires occupés ou d'une partie de ceux-ci »*. Mais la mise en œuvre de ces textes n'est pas uniforme. Rapidement, un besoin d'unification des principes de répression se fait sentir. Le 8 juillet 1945, une « directive » sur l'identification et l'appréhension des personnes suspectées de crimes de guerre et autres crimes, et le procès de certains criminels, est formulée[549]. Elle sert de base à la rédaction de la loi n° 10, promulguée le 20 décembre suivant.

121. Ce texte permet de sanctionner tout individu, quelle que soit sa nationalité ou la qualité en laquelle il a agi, suspecté d'avoir commis un crime prévu dans cette loi, qu'il en soit auteur ou complice, qu'il l'ait ordonné, incité ou qu'il y ait consenti. Est également répréhensible celui qui a participé à des plans ou à des entreprises en vue de l'exécution d'un tel crime, ou a été membre d'une organisation ou d'un groupe impliqué dans l'accomplissement d'un tel crime (article 2 §2). Par ailleurs, cette norme s'applique rétroactivement à tous les méfaits commis au cours de la période du 30 janvier 1933 – prise

---

546 *Military Government Gazette Germany, 21 Army Group Area of Control* n° 1, 1944, p. 1. Une note (p. 5) précise que toutes les lois et ordonnances contenues dans cette édition du journal officiel portent la date du 18 septembre 1944, jour à partir duquel a officiellement débuté le statut d'occupation.

547 Le *Supreme Headquarters Allied Expeditionary Force*, État-major suprême des Forces expéditionnaires alliées, est le quartier général des forces alliées en Europe nord-occidentale, de fin 1943 jusqu'en septembre 1945 (création du Conseil de Contrôle Allié).

548 *Military Government Gazette Germany, 21 Army Group Area of Control* n° 1, 1944, pp. 7-9. Ce texte fixe les bases juridiques de l'organisation des tribunaux et les règles de conduite des procès dans la zone occupée.

549 *Directive on the Identification and Apprehension of Persons Suspected of War Crimes or Other Offenses and Trial of Certain Offenders*, 8 juillet 1945, approuvée par les chefs d'état-major américains et transmise au Général Eisenhower. Voir à ce propos Telford TAYLOR, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council law n° 10*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1949, disponible **[en ligne]** sur http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_final-report.pdf (consulté le 2 février 2014), ici p. 244.

de pouvoir par Hitler – au 1er juillet 1945 (article 2 §5[550]). Ce « code », édicté par l'organe législatif compétent pour l'ensemble du territoire, est destiné à réglementer les questions de fond en la matière. Plus précisément, il vise à harmoniser les incriminations et à répartir les compétences.

A. L'HARMONISATION DES INCRIMINATIONS

122. Entrée en vigueur postérieurement au Statut de Nuremberg[551], la loi n° 10 en reprend assez logiquement les dispositions. Ainsi, l'appartenance à un groupement criminel ou à une organisation déclarée criminelle par le Tribunal militaire international devient une infraction punissable (article 2 §1 (d)). De même, ce texte porte pénalisation des trois types de crimes visés à l'article 6 du Statut, dont les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, bien que certaines dissemblances soient notables[552].

123. Très classiquement, les crimes de guerre sont définis à l'article 2 §1 (b) comme *« les atrocités ou délits[553] commis contre des personnes ou des biens, constituant des*

---

550 Du moins, c'est l'interprétation doctrinale qui a été donnée de l'article 2 §5, ce dernier disposant : *« Dans aucun procès ou aucune poursuite pour un des crimes précités, l'accusé n'aura le droit d'invoquer le bénéfice d'une prescription accomplie durant la période du 30 janvier 1933 au 1er juillet 1945. De même, il ne sera pas admis que fasse obstacle, tant au procès qu'à la peine, une immunité, grâce ou amnistie accordée sous le régime nazi »*. En ce sens, Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, Bern, Peter Lang, Coll. Contacts, 1998, p. 48. Cette position partagée par la doctrine allemande, voir Max GÜDE, « Die Anwendung des KRG 10 durch die deutschen gerichte », *DRZ*, 1947, p. 116.

551 Mais antérieurement au jugement du TMI.

552 Hors de notre champ d'investigation, nous n'étudierons pas en détails le crime contre la paix. Notons qu'il est défini par l'article 2 §1 (a) comme le fait de déclencher des invasions contre d'autres pays et des guerres d'agression, en violation des lois et traités internationaux. Cela inclut, comme dans le Statut de Nuremberg, *« la direction, la préparation, le déclenchement et la poursuite d'une guerre d'agression ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, et la participation à un plan concerté ou un complot en vue de l'accomplissement de l'un quelconque de ces actes »*. Aux termes de l'article 2 §2 *in fine*, seules peuvent voir leur responsabilité engagée sur ce fondement *« les personnes ayant occupé une haute situation politique, civile ou militaire (y compris dans le grand état-major) en Allemagne ou dans le pays de l'un de ses alliés, cobelligérants ou satellites, ou dans la vie financière, industrielle ou économique de l'un de ces pays »*.

553 « *Offenses* » en anglais, donc les délits sont ici à interpréter au sens d'infractions, et non dans une acception technique française du terme.

infractions aux lois et coutumes de la guerre ». Suit une liste non-exhaustive[554] de comportements entrant dans le champ de cette qualification : l'assassinat, les sévices ou la déportation – aux fins de travail forcé ou pour toute autre raison – de la population d'un territoire occupé ; l'assassinat ou les mauvais traitements infligés à des prisonniers de guerre ou au personnel embarqué ; l'exécution d'otages ; le pillage des biens publics ou privés ; la destruction sans motif de villes ou villages ; les dévastations que ne justifient pas les nécessités militaires. La proximité avec l'article 6b est indéniable. La définition générale de cette catégorie d'infractions est analogue[555] et l'énumération donnée, identique.

124. Le crime contre l'humanité[556] fait l'objet de l'article 2 §1 (c) qui vise *« les atrocités et délits comprenant sans y être limités, le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains commis contre une population civile, et les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux »*. Peu importe que lesdits crimes aient ou non constitué une violation de la loi nationale du pays où ils ont été perpétrés[557]. On le voit, la méthode utilisée est la même que dans la disposition précédente : une définition globale, puis des illustrations. En revanche, les différences de rédaction avec l'article 6c sont flagrantes.

D'abord, la série des exemples est allongée. Sont ajoutés la torture, l'emprisonnement et le viol, absents de l'Accord de Londres. Assurément, ces exactions pouvaient tomber sous le coup des *« actes inhumains »*, notion générique permettant, d'une façon détournée, de

---

554 L'article dit *« incluant mais sans être limité à »*. Une expression similaire est présente dans l'article 6b du Statut de Nuremberg : *« ces violations comprennent, sans y être limitées, (...) »*.

555 Il y a eu simplement ajout de la mention *« les atrocités ou délits commis contre des personnes ou des biens »*, certainement par souci de clarification.

556 Henri MEYROWITZ consacre la deuxième partie de son ouvrage à cette infraction, et particulièrement le Titre I à l'incrimination elle-même et à l'interprétation que la jurisprudence en a faite (Cf. *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., pp. 215-360). Pour une synthèse, voir Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, op. cit., p. 57 et suivantes.

557 Principe de non-considération de la *lex loci*, qui permet d'écarter la loi nazie en vigueur au moment des faits, en tant que loi du lieu de commission des infractions et loi nationale des infracteurs.

les réprimer. Mais les nommer expressément manifeste la volonté du Conseil de Contrôle de les stigmatiser comme étant intolérables. Au-delà de l'aspect symbolique, c'est un pas non négligeable vers une répression efficace et généralisée de ces conduites et un choix particulièrement précurseur s'agissant des atteintes sexuelles[558].

Par ailleurs, la référence à la période des hostilités[559] a disparu, de même que la mention *« lorsque ces crimes ou persécutions (...) ont été commis à la suite de tout crime entrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »*. Concrètement, cela signifie qu'il est possible de retenir un crime contre l'humanité en dehors de tout rapport avec un autre crime, de guerre ou contre la paix. Cela n'est pas illogique puisque ces restrictions servent, dans le Statut de Nuremberg, à cerner la compétence juridictionnelle[560]. Dans la mesure où l'article 2 §5 a déjà fixé la portée temporelle de la loi n° 10, ces limitations deviennent inutiles[561]. De plus, le Conseil de Contrôle Allié agit en tant que législateur en Allemagne, détenteur de l'autorité suprême, et non pas comme un simple occupant. Son droit de punir n'est donc pas inhérent à la guerre mais plutôt à la lutte contre l'appareil totalitaire du III^{ème} *Reich*, au processus de dénazification et à la restauration d'un régime démocratique. Par conséquent, l'élément essentiel du crime contre l'humanité n'est plus, comme à Nuremberg, son rattachement au conflit armé[562] mais réside *« dans son lien de*

---

558 Le viol n'intègrera officiellement la définition internationale du crime contre l'humanité qu'à la faveur de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (notamment les affaires TPIR, 2 octobre 1998, affaire Akayesu et TPIY, 10 décembre 1998, affaire Furundzija). Cette jurisprudence a ensuite été reprise dans les versions actualisées des statuts de ces deux juridictions et dans celui de la Cour pénale internationale.

559 Rappelons que l'article 6c n'envisage que les actes commis *« avant ou pendant la guerre »*.

560 Cet élément de compétence est toutefois devenu, par la suite, un véritable élément de l'incrimination dans la définition retenue par la Commission du droit international des Nations-Unies dans les principes de Nuremberg. Voir Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., pp. 224-225.

561 Au demeurant, cela confirme la position doctrinale selon laquelle *« la guerre n'est pas du tout la condition sine qua non des crimes contre l'humanité, mais n'a été que l'occasion de les reconnaître et de les juger en les liant aux autres crimes qui devaient être déférés à la juridiction militaire internationale issue de la guerre »*. En d'autres termes, la liaison avec la guerre dans le Statut de Nuremberg n'a répondu qu'à des considérations *« d'opportunité juridictionnelle »*. Cf. Jean GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », *R.C.A.D.I.*, 1950, vol. 1, p. 544.

562 Ce qui avait inspiré à Henri DONNEDIEU DE VABRES son célèbre *« le crime contre l'humanité est entré par la petite porte »* (Cf. supra §107).

connexité avec le régime national-socialiste, avec son système de terreur et de tyrannie, ayant comme corollaire l'absolue impuissance des victimes à se défendre »[563].

125. La définition des infractions est ainsi fixée pour l'ensemble du territoire et le châtiment des criminels « de la guerre » s'en trouve nécessairement facilité. C'est également une garantie d'égalité des accusés devant la justice et le gage d'un procès équitable, sans considération pour le tribunal compétent au regard de l'article 3 de la loi.

B. LA REPARTITION DES COMPETENCES[564]

126. L'effort d'unification est beaucoup moins visible en ce qui concerne la répartition des compétences. La loi n° 10 ne permet pas la simplification attendue du système juridictionnel et l' « empilement » des cours et tribunaux, tant décrié par les autorités politiques internationales, n'est pas foncièrement remis en question, bien au contraire. En cause, l'article 3 qui régit aussi bien la compétence juridictionnelle que la compétence législative et prévoit :

> « 1. Chaque Autorité d'Occupation, à l'intérieur de sa zone, (…)
>
> a) pourra donner l'ordre d'arrêter les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime, y compris les personnes accusées d'un crime par l'une des Nations-Unies, ou prendre sous son contrôle les biens mobiliers et immobiliers possédés ou contrôlés par lesdites personnes, en attendant qu'une décision soit prise quant à leur affectation définitive ; (…)
>
> d) aura le droit de faire comparaître, devant un tribunal compétent, toutes les personnes ainsi arrêtées et accusés et qui n'auront ni été remises à une autre autorité, comme il est stipulé à la présente loi, ni relâchées. En cas de crimes commis par des nationaux ou ressortissants allemands ou personnes sans nationalité, la juridiction compétente pourra être une juridiction allemande, autorisée par les Autorités d'Occupation.

---

563 Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 231.

564 Ibidem, pp. 67-70.

2. Le Tribunal par lequel seront jugées les personnes accusées des infractions prévues par la présente loi sera désigné par chaque Commandant de zone, qui fixera également la procédure à suivre. Aucune disposition de la présente loi n'entravera ni ne limitera la juridiction ou les pouvoirs de toute Cour ou de tout Tribunal existant actuellement ou qui sera établi par la suite, dans l'une quelconque des zones, par le Commandant de cette zone, ou du Tribunal International Militaire établi par les Accords de Londres du 8 août 1945. (…) »

A la lecture du §1 (d), on comprend que deux types de compétence juridictionnelles sont établis, sur lesquels viennent ensuite se greffer les règles de compétence législative : la compétence des juridictions d'occupation (première phrase) et celle des tribunaux internes allemands (seconde phrase). Etudions successivement ces éléments.

1. Les juridictions d'occupation

127. Conformément à ce que prévoyait l'article 6 de l'Accord de Londres, la première hypothèse de compétence prévue par la loi n° 10 est celle des juridictions alliées dans chaque secteur d'occupation.

En application de la Déclaration de Moscou, elles sont avant tout compétentes à l'égard des criminels « mineurs », c'est-à-dire ceux qui ont commis des crimes de guerre, contre la paix ou contre l'humanité localisés dans l'une des zones d'occupation en Allemagne. Mais au-delà, il semble que les juridictions d'occupation puissent aussi connaître de faits perpétrés par certains « grands » criminels. Bien sûr, les Alliés ont reconnu et consacré, dans la loi n° 10, la primauté du Tribunal de Nuremberg et ont pris formellement l'engagement d'exécuter l'Accord de Londres et le Statut qui lui est annexé. Cela justifie que chaque commandant de zone soit tenu de livrer à la commission des représentants du ministère public auprès du TMI les individus qui se trouvent dans son secteur et qui sont recherchés pour être traduits devant la juridiction interalliée, si la demande lui en est faite[565]. Ce n'est qu'à défaut d'une telle requête que l'article 3 §3 de la loi n° 10 autorise

---

565 Cette clause n'a pas été utilisée en pratique puisque au moment où la loi n° 10 est élaborée, l'unique procès ouvert devant le TMI est déjà en cours. Après l'annonce du verdict les 30 septembre et 1er octobre 1946, le ministère public près ce tribunal a cessé de fonctionner, et, selon Henri MEYROWITZ, d'exister (Idem, p. 64).

une cour militaire à se saisir de faits commis par une personne justiciable du TMI, à la condition expresse de recueillir l'assentiment du parquet près ce tribunal. Autrement dit, la compétence d'un tribunal d'occupation est reconnue vis-à-vis des « petits » criminels et, éventuellement, des « grands » criminels dont le déferrement à Nuremberg n'a pas été exigé.

128. S'agissant de la procédure à mettre en œuvre, chaque autorité est chargé de la déterminer pour son secteur géographique (article 3 §2 1ère phrase). En effet, aucun principe procédural n'est contenu dans l'acte du Conseil de Contrôle Allié, qui ne s'est donné pour finalité que de fixer une base juridique commune aux quatre zones quant aux règles de fond. Rappelons-le, *« l'unification du droit matériel régissant la répression des crimes de guerre en Allemagne apparaît comme le but principal de la codification entreprise par les rédacteurs de la loi n° 10 »*[566]. Néanmoins, cet effort d'harmonisation est battu en brèche par la prescription de l'article 3 §2 *in fine* rédigé comme suit :

> « Aucune disposition de la présente loi n'entravera ni ne limitera la juridiction et les pouvoirs de toute cour ou de tout tribunal existant actuellement ou qui sera établi par la suite, dans l'une quelconque des zones, par le commandant de cette zone, ou du Tribunal militaire international établi par l'Accord[567] de Londres du 8 août 1945. »

Cette disposition permet de maintenir les particularismes de chaque zone, pourtant critiqués avant l'adoption du texte. Chaque commandant de zone conserve la possibilité de créer des juridictions en dehors de la loi n° 10[568], qui pourront appliquer ou non cette loi, voire l'appliquer différemment d'un secteur géographique à un autre. L'unité que les auteurs de la loi escomptaient en est *de facto* anéantie.

---

566 Idem, p. 69.

567 La traduction française du texte dit exactement *« les accords »*. Ce pluriel est inexact et ne se retrouve dans aucune autre traduction.

568 Le gouvernement militaire américain a fait usage de cette possibilité en créant de nouveaux tribunaux par l'ordonnance n° 7 du 18 octobre 1946 intitulée *Organization and Powers of Certain Military Tribunals* (présentée par Telford TAYLOR, *Les Procès de Nuremberg : crimes de guerre et droit international*, Dotation Carnegie pour la paix internationale, Coll. Conciliation internationale, 1949, pp. 363-369). Il en est de même pour le gouvernement militaire français qui, par une ordonnance n° 20 du 25 novembre 1945, a créé des juridictions militaires spéciales (voir Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 77).

Le gouvernement militaire britannique a largement usé de la faculté ouverte par l'article 3 §2 *in fine*, puisqu'il a décidé de fonder toutes les poursuites pour crimes de guerre au sens strict sur un *royal warrant*[569]. Cet acte, propre à la zone britannique, est le socle de la répression par les juridictions militaires des *« violations des lois et usages de la guerre commises au cours de toute guerre dans laquelle Sa Majesté a été ou pourra être engagée à un moment quelconque depuis le 2 septembre 1939 »*. Au contraire, les autorités françaises et américaines n'ont pas totalement éludé la loi n° 10[570], choisissant de fonder les procès tantôt sur cet instrument, tantôt sur l'ordonnance n° 2 du S.H.A.E.F.[571]. Quant aux instances ouvertes pour un autre chef d'accusation, les trois zones se sont accordées pour recourir majoritairement à la norme du Conseil de Contrôle Allié.

2. Les juridictions allemandes

129. Outre ces premiers principes régissant les juridictions d'occupation, l'article 3 §1 (d) établit une hypothèse singulière de compétence, celles des tribunaux internes. En effet, il offre aux juridictions allemandes de déroger à leur compétence ordinaire[572] pour se saisir d'infractions graves relevant directement de la loi n° 10. Cette possibilité répond à l'interrogation juridique soulevée à l'encontre de la Déclaration de Moscou[573] et aux contraintes pratiques de gestion d'un contentieux de masse tel que celui des criminels de la Seconde Guerre mondiale. C'est une solution d'opportunité qui permet de pallier ces difficultés en habilitant les cours germaniques à réprimer certains comportements. Néanmoins, leur champ d'intervention se trouve strictement limité par quatre conditions : que le Tribunal de Nuremberg ne revendique pas sa compétence ; qu'aucun pays libéré ne

---

569 Acte du 14 juin 1945 (publié quatre jours plus tard, ce qui explique qu'il soit parfois daté du 18), présenté par Telford TAYLOR, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council law n° 10*, op. cit., p. 254 et suivantes.

570 Nous y reviendrons en détails lorsque nous étudierons la pratique des tribunaux, §136 et §138.

571 Ayant fixé la compétence des tribunaux d'occupation avant l'entrée en vigueur de la loi n° 10 comme nous l'avons indiqué supra §120.

572 Celle de juger des infractions de droit commun sur le fondement du code pénal allemand en vigueur avant l'avènement d'Hitler.

573 C'est-à-dire comment traiter les crimes commis en Allemagne contre les nationaux allemands ou les apatrides.

fasse valoir la territorialité ; que les victimes soient allemandes ou apatrides ; que la puissance alliée donne expressément son accord. Au surplus, les tribunaux nationaux ne peuvent se saisir que des faits qualifiables crimes contre l'humanité, et non des crimes contre la paix ou des crimes de guerre. En effet, seule cette incrimination vise *« toute population civile »* – y compris la population allemande ou des fractions de celle-ci – victime entre 1933 et 1945 de persécutions pour des motifs raciaux, politiques ou religieux.

Les gouvernements militaires français[574] et britannique[575] ont accepté d'avaliser la compétence des tribunaux internes. En revanche, les Etats-Unis n'ont pas donné suite aux demandes d'habilitation qui leur ont été transmises. Comment expliquer un tel refus ? La raison est à rechercher dans la mise en place d'un processus dit de *« dénazification pénale »*[576], en parallèle de la répression judiciaire des criminels par les juridictions de droit commun, qui offre une compétence inédite à des juridictions allemandes spécialement créées.

130. Arrêtons-nous un moment sur ce processus particulier, qui a débuté avec l'adoption d'une loi « de libération du national-socialisme et du militarisme »[577] le 5 mars

---

574 Voir l'ordonnance n° 173 du 23 septembre 1948 portant délimitation de compétence entre les tribunaux d'occupation et les tribunaux allemands et règlementant le contrôle de la justice allemande (*Journal Officiel du Commandement en Chef français en Allemagne* n° 206, p. 1684). Aucune limitation n'a été prévue, à l'exception de la faculté pour l'occupant d'évoquer une affaire ou de réformer une décision rendue par une cour interne.

575 Ordonnance n° 47 du gouvernement militaire britannique, 30 août 1946, *Military Government Gazette Germany, British Zone of Control* n° 13, p. 306. Notons que les tribunaux allemands ont acquis la compétence pour poursuivre et juger certains criminels selon les principes de la procédure pénale allemande classique.

576 C'est-à-dire une dénazification *« en vertu de textes qui ont l'apparence de lois pénales »* et *« au moyen d'une procédure juridictionnelle »*. Cf. Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 87.

577 Ci-après « la loi de libération ». Ce texte, à l'inverse de la législation du Conseil de Contrôle Allié, a été entièrement rédigé en langue allemande par le *Länderrat*, organe consultatif commun des trois *Länder* du secteur américain. Il a été promulgué après approbation du commandant de la zone, *« non comme une loi d'occupation, mais comme un texte émanant des organes allemands investis à l'époque, (...) d'un pouvoir législatif »* (Idem, p. 88, note 9). Néanmoins, *« en fait comme en droit, il faut considérer les normes de la loi de libération, malgré leur origine formelle allemande, comme du droit d'occupation »* (Idem, note 11).

1946[578]. L'objectif est double : épurer les secteurs économique et culturel et châtier les délinquants. Pour ce faire, une échelle de cinq degrés de responsabilité est fixée, avec des peines correspondantes[579] : coupables principaux, auteurs de fautes graves[580], auteurs de fautes moyennement sérieuses, comparses et personnes excusées[581]. Si le crime contre l'humanité n'est pas explicitement visé, il peut être en partie couvert par la référence à certains comportements. En ce sens, l'alinéa 1er de l'article 5 déclare « coupable principal » celui *« qui, pour des motifs politiques, a commis des crimes contre des victimes ou adversaires du national-socialisme »*, et l'alinéa 8, celui *« qui a participé d'une façon quelconque à des actes d'homicide, de torture ou à d'autres actes de cruauté commis dans un camp de concentration ou de travail, dans une maison d'arrêt, une maison de santé ou un hospice »*.

En pratique, toute personne qui tombe sous le coup de la loi doit automatiquement être classée dans l'une des cinq catégories par l'une des « chambres de dénazification » (*Spruchkammern*) instaurées à cet effet. Ce sont ces juridictions allemandes spécifiques qui ont la charge de punir, conformément à la loi de libération, les criminels de guerre allemands de la zone. Mais le dispositif mis en place est *« hybride »*[582] et bien différent de celui envisagé par le Conseil de Contrôle Allié. Il est même inconciliable avec ce dernier : *« la loi de libération (...) frappe moins un fait extérieur déterminé qu'une conduite, une mentalité (...). C'est une loi répressive politique*[583]*. On pourrait se contenter de cette*

---

578 *Regierungsblatt für Württemberg-Baden*, 1946, p. 71. Pour des extraits de cette loi, voir annexe n° III, sur cd.

579 Le texte parle de « *Sühnemassnahmen* » (littéralement « mesures »). Si elles se rapprochent des mesures de sécurité (elles sont en partie préventives), des mesures de sûreté (elles sont fondées sur l'état dangereux de l'intéressé) et des réparations civiles (les peines privatives de liberté et les amendes doivent servir à constituer un fond de réparations ou être utilisées pour des travaux de réparation et de reconstruction), elles ont avant tout un caractère purement afflictif et procèdent de l'idée de sanction morale. Idem, pp. 93-94.

580 En pratique des activistes, militaristes ou « profiteurs » du système nazi.

581 Personnes qui non seulement n'ont pas commis d'exaction mais ont en plus résisté activement au régime, quitte à en subir les préjudices, même si elles ont adhéré officiellement au nazisme. Cf. Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 89.

582 Ibidem, p. 90.

583 D'ailleurs, les « incriminations » ne respectent pas les principes du droit pénal, ni dans leur élément légal, ni dans leur élément matériel, ni dans leur élément moral : *« les activités punies sont imputées*

qualification et traiter la loi du 5 mars 1946 comme un texte sui generis, si son intrusion sur le terrain de la loi pénale n'interdisait pas ce traitement à part. La loi de libération entre en conflit avec la loi n° 10 »[584]. Face à cette situation, le gouvernement militaire américain a fait le choix de renoncer à recourir à l'habilitation de l'article 3 §1 (d) plutôt que de sacrifier sa propre norme. Partant, dans le secteur américain, les juridictions internes n'ont que deux possibilités : agir dans le cadre de la dénazification pénale ou recourir aux infractions ordinaires.

Ce système présente rapidement des lacunes importantes, des actes gravement délictueux[585] ne pouvant être sanctionnés ni par la loi de libération ni par la législation interne. Il apparaît donc nécessaire de reconnaître une certaine compétence dérogatoire aux juridictions allemandes. C'est l'objet de la loi « relative au châtiment des délits nationaux-socialistes » adoptée en juin 1946[586]. Applicable dans les trois *Länder* de la zone sous commandement américain, elle prévoit que *« des délits liés à des atrocités ou à des persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial ou antireligieux et qui, sous le régime national-socialiste, pour des motifs d'ordre politique, racial ou antireligieux, n'ont pas été punis, devront être poursuivis lorsque leur châtiment est aujourd'hui exigé par les principes de la justice, notamment celui de l'égalité de tous devant la loi »* (article 1er). Ici, on a uniquement recours aux incriminations du code criminel allemand, à l'exclusion des crimes contre l'humanité qui n'y figurent pas[587], et seules les peines fixées par la loi ordinaire peuvent être prononcées. Evidemment, la doctrine n'a pas manqué de relever l'incongruité d'un tel texte concurrent de la loi n° 10 : *« instituer, nonobstant ce dernier*

---

aux individus soit à l'aide d'une notion de « responsabilité », qui est à la base politique et qui s'oppose à la théorie de la responsabilité du droit criminel, soit par un système de présomptions légales fondées sur l'occupation, par l'intéressé de certaines fonctions énumérées par la loi » (Idem, p. 93).

584 Idem, p. 91.

585 Qui seraient susceptibles de la qualification « crime contre l'humanité » au sens de l'article 2 de la loi n° 10.

586 Loi du 15 juin 1946, *Gesetz und Verordnungsblatt für Gross-Hessen*, 1946, p. 136. A l'inverse de la loi de dénazification pénale, celle-ci est authentiquement pénale. Voir à propos de ce texte Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., pp. 121-124.

587 Même s'il est vrai que la majorité de ces comportements peuvent tomber sous le coup des atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté.

texte dont le but était l'unification dans les quatre zones d'occupation des règles juridiques gouvernant la répression des délits nazis, un autre système de répression pénale [constitue] un acte dont l'opportunité (...) [est] contestable. Cet acte [revient] en outre à défaire l'une des créations originales de l'Accord de Londres et de la loi n° 10 : la qualification de crimes contre l'humanité »[588]. Au demeurant, le droit commun ne permet pas d'attester de la spécificité de ce type d'infractions.

131. En dernière analyse, la question s'est posée de savoir si les tribunaux nationaux pouvaient également, à l'instar des juridictions militaires alliées, faire valoir l'article 3 §2 pour poursuivre des inculpés sans s'en tenir aux restrictions posées par l'article 3 §1 (d). La doctrine s'accorde à répondre par la positive : *« la faculté réservée par l'article 3 §2 pour les commandants de zone de faire juger en dehors de la loi n° 10 des délinquants allemands, l'emporte sur la disposition de l'article 3 §1 (d) qui limite à certains délits la compétence susceptible d'être concédée à des juridictions allemandes »*[589]. Mais la pratique judiciaire à l'ouest[590], en tout cas dans les zones française et britannique, montre, à l'opposé, une volonté de se conformer à l'article 3 §1 (d). N'ont été jugés que des crimes contre l'humanité commis par des nationaux ou ressortissants allemands, à l'encontre de nationaux ou ressortissants allemands ou d'apatrides[591].

132. On le voit, si les principes d'incrimination sont relativement clairs, ceux applicables à la compétence des juridictions sont d'une excessive complexité. D'une zone à l'autre, les différences sont frappantes sinon contradictoires, ce qui démontre bien que chaque autorité alliée entend rester souveraine dans son secteur. Mais, quoique l'on pense

---

588 Ibidem, p. 123.

589 Idem, p. 69.

590 Il semble que la justice allemande de la zone soviétique n'ait pas hésité à « tendre ses filets » jusqu'aux crimes contre l'humanité commis contre des victimes non allemandes. A propos du jugement d'infractions commises à l'égard de travailleurs civils étrangers, OLG Dresde, 25 juin 1947, *Juristische Rundschau*, 1947, p. 92.

591 A titre d'illustration, en zone britannique, lorsqu'une juridiction allemande s'est déclarée compétente pour connaître de crimes contre l'humanité commis à l'encontre de victimes ukrainiennes, le jugement a été annulé par le gouvernement militaire. Voir *Zentral-Justizblatt für die Britische Zone*, 1947, p. 100.

de la qualité des textes élaborés, les bases juridiques sont posées ; les tribunaux vont pouvoir fonctionner.

§ 2. LES PROCEDURES

133. En pratique, conformément aux dispositions précitées de la loi n° 10, les procédures engagées à l'encontre des criminels de la Seconde Guerre mondiale se sont déroulées sous la tutelle des occupants de chaque zone, aussi bien devant les tribunaux militaires alliés que devant les juridictions allemandes ordinaires.

A. DEVANT LES TRIBUNAUX MILITAIRES ALLIES[592]

134. Souverain sur le territoire qu'il occupe, chacun des trois Alliés en R.F.A. – Etats-Unis, France et Grande-Bretagne – a initié des procédures répressives contre des citoyens allemands. Le bilan global s'élève à 5.006 personnes jugées, 794 condamnées à mort et 486 exécutées[593]. Mais la diversité des procédures et des fondements utilisés par les tribunaux alliés commande une analyse détaillée, zone par zone.

1. En zone américaine

135. Selon les statistiques judiciaires de la R.F.A.[594], 1.941 personnes ont été poursuivies et 1.517 condamnées dont 324 à mort par des tribunaux militaires américains. Parmi les procès menés devant eux, les « procès successeurs » – appelés parfois « procès

---

592 Synthèse succincte et claire sur le sujet d'Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., pp. 96-99.

593 Chiffres donnés par Annette WIEVIORKA, *Le procès de Nuremberg*, Ed. Liana Levi, Coll. Piccolo, 2006, p. 285.

594 Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 98.

subséquents » ou encore « procès des professionnels » – sont certainement les plus significatifs[595].

Les préparatifs de ces instances ont débuté en mai 1946, avant même que la procédure internationale ne soit clôturée. Les procureurs ont en effet obtenu le pouvoir de désigner les inculpés et de rédiger les accusations, sur le fondement des infractions définies dans la Charte de Londres complétée par la loi n° 10. Le gouvernement militaire des Etats-Unis a créé onze tribunaux[596] et les a installés dans les locaux du palais de justice de Nuremberg. Ils sont composés obligatoirement d'au moins trois magistrats qualifiés, c'est-à-dire d'hommes de loi avec un minimum de cinq années de pratique auprès d'une juridiction supérieure d'un des Etats fédérés ou auprès de la Cour fédérale américaine[597]. Les jugements sont prévus définitifs et sans appel, chaque accusé ayant le droit de se faire représenter par un ou plusieurs avocats de son choix[598].

Devant eux, vont se présenter, entre le 9 décembre 1946 et le 14 avril 1949, 184 inculpés au cours de douze procès dirigés par le Général Telford Taylor. Ces audiences concernent les représentants de certains corps de métiers (médecins[599], juristes[600],

---

595 Pour un panorama général récent de ces procès, Jean-Luc BELLANGER, « Les autres procès de Nuremberg », *Le Patriote résistant – Bulletin intérieur de la Fédération nationale des Déportés et Internés résistants et patriotes*, janvier 2014, pp. 9-12. Voir également « The Subsequent Nuremberg Trials : an overview », disponible **[en ligne]** sur http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/subsequenttrials.html (consulté le 30 janvier 2014). Pour une présentation détaillée de chacun des procès, *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council law no. 10 : Nurnberg, October 1946-April 1949*, Washington, U.S. Government Printing Office, 15 vol., disponibles **[en ligne]** sur http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html (consulté le 30 janvier 2014).

596 Par l'ordonnance n° 7 du 18 octobre 1946 précitée.

597 Article 2 de l'ordonnance n° 7.

598 Yves TERNON, « Le procès des médecins – Actualisation », *Revue d'histoire de la Shoah* n° 160, mai-août 1997, pp. 11-12.

599 Pour des explications, Yves TERNON, « Les médecins nazis », *Les Cahiers de la Shoah* n° 9, 2007, pp. 15-60. Voir également les écrits de Bruno HALIOUA, *Le procès des médecins de Nuremberg : L'irruption de l'éthique médicale moderne*, Vuibert, 2007, 211p. Sur les suites de ce procès, Gérard MEMETEAU, « Nuremberg : Mythe ou réalité ? », *Droit prospectif – Revue de la Recherche Juridique* n° 3, 1999, p. 605 et suivantes.

600 Extraits du verdict rendu dans cette affaire en langue anglaise dans l'article « The justice trial – United States of America v. Alstötter et al. », disponible **[en ligne]** sur http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/Alstoetter.htm (consulté le 30 janvier 2014). Le film de Stanley KRAMER *Jugement à Nuremberg*, sorti dans les salles de cinéma françaises en décembre 1961, est consacré à ce procès.

fonctionnaires[601], généraux de l'armée[602] et ministres[603]), des unités militaires et de police (les *Einsatzgruppen*[604], le *Rasse und Siedlungshauptamt (RuSHA)*[605], le haut commandement de la *Wehrmacht*), et des responsables de quelques grandes industries (Flick, I.-G. Farben et Krupp). Les tribunaux ont compétence pour l'ensemble des incriminations prévues dans la loi n° 10. Néanmoins, toutes les infractions ne sont pas reprises par les juges. La plus usitée est logiquement le crime de guerre. Dans une moindre mesure, on trouve également des accusations pour crime contre l'humanité. Les peines prononcées sont semblables à celles retenues par le Tribunal militaire international : 24 condamnations à la peine capitale[606] dont 12 seront exécutées ; 20 emprisonnements perpétuels ; 98 emprisonnements à temps[607]. Une trentaine de personnes sont acquittées.

136. Mis à part ces procès retentissants, des instances – plus nombreuses – se déroulent devant d'autres juridictions américaines, telles le Tribunal militaire de Dachau établi dans l'enceinte de l'ancien camp de concentration entre 1946 et 1950. Cette juridiction a reçu du gouvernement militaire la compétence de poursuivre les délinquants « mineurs » arrêtés en zone américaine en Allemagne ou en Autriche, accusés de crimes de guerre contre des

---

601 Par exemple, le Procès d'Oscar Pohl ou « procès de la *S.S.-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt* », département économique et administratif de la *S.S.* Déroulé de l'audience, présentation des charges, des preuves et du jugement, disponibles **[en ligne]** sur http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=pohl et http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/pohl.asp (consultés le 30 janvier 2014).

602 Tel le procès contre Erhard Milch, ancien maréchal de l'aviation allemande qui supervisa le développement de la *Luftwaffe*. Chronologie de la procédure disponible **[en ligne]** sur http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=milch (consulté le 30 janvier 2014). Le procès dit « des otages », mené contre certains dirigeants de troupes allemandes officiant dans le sud-est de l'Europe pendant la campagne des Balkans, est une autre illustration.

603 On parle du « procès de la *Wilhelmstrasse* », car la majorité des accusés provenait du ministère des affaires étrangères allemand, situé dans cette rue à Berlin.

604 Commandos d'exécution qui éliminèrent des centaines de milliers de civils. A ce propos, Hillary C. EARL, *The Nuremberg S.S.-Einsatzgruppen trial – 1945-1958*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 336p.

605 Service racial de la *S.S.* chargé du programme de purification ethnique.

606 Sept dans le procès des médecins, trois dans le procès de la *S.S.-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt* et quatorze parmi les *Einsatzgruppen* d'après Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 98.

607 Entre 18 mois et 20 ans. Cf. Ibidem.

civils et/ou des soldats américains[608]. Elle a également le pouvoir de juger des membres du « petit personnel » des camps de Dachau, Buchenwald, Flossenbourg, Mauthausen et Mittelbau-Dora. Ces procès aboutiront à la condamnation de 885 personnes sur les 1.021 poursuivies.

La particularité de ces dernières instances est d'être fondées tantôt sur la loi n° 10, tantôt sur l'ordonnance n° 2 du S.H.A.E.F.[609], tout comme certaines procédures intentées dans le secteur sous administration française.

2. En zone française

137. Plus petite des trois zones occidentales d'occupation, la zone française est celle qui a vu le plus grand nombre de jugements de criminels de guerre (2.107) mais aussi, assez paradoxalement, le plus petit nombre de condamnations à mort (104)[610]. Plusieurs éléments permettent en réalité d'éclaircir cette contradiction. D'un côté, la quantité importante de jugements se déduit de la masse des procédures ouvertes[611] dans le secteur, qui s'explique principalement par des données « géographiques ». Si aucun des anciens camps d'extermination tristement connus ne se trouve dans le secteur français, il y a en revanche plusieurs camps de transit – notamment Neue Bremm et Hinzert – et de travail[612], dans lesquels les conditions de vie ont été également déplorables. De plus, certains verdicts rendus par les tribunaux d'occupation français portent sur des crimes commis hors zone[613]. D'un autre côté, le faible taux de condamnations à la peine capitale doit être analysé au

---

608 Notamment pour le meurtre de militaires de l'armée de l'air américaine dans le « procès *Rüsselsheim* ». Cf. Idem.

609 Déjà évoquée, références note n° 453.

610 Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, op. cit., p. 64.

611 D'après Yveline PENDARIES, entre mai 1946 et novembre 1948, la plus haute juridiction de première instance du secteur français, le Tribunal de Rastatt, a eu à statuer sur 256 procédures, réglant le sort de 724 inculpés. 90 peines de mort ont été prononcées, 38 peines de travaux forcés à perpétuité et 115 acquittements. Voir les statistiques générales fournies données par l'auteur, Ibidem, p. 141.

612 En particulier tous les camps de travail de Wurtemberg.

613 Crimes commis en zone britannique : affaire de l'usine de Weserhütte, procès du camp de Porta ; en zone américaine : procès du camp de Leonberg ; en zone soviétique : procès du camp de Ravensbrück.

regard des fondements juridiques appliqués par les tribunaux et sur lesquels il nous faut apporter ici plus de précisions.

138. Les juridictions françaises d'occupation ont d'abord fonctionné sur la base des dispositions générales de l'ordonnance n° 2 du S.H.A.E.F. Néanmoins, le commandant en chef français en Allemagne a rapidement adopté deux textes spéciaux, l'ordonnance n° 20[614] et l'ordonnance n° 36[615], pour préciser leur organisation et leur compétence.

Aux termes du premier de ces textes, trois types de juridictions de premier degré sont établis, en fonction du *quantum* maximum de peine qu'elles peuvent infliger : les tribunaux sommaires, intermédiaires et le Tribunal général situé dans la ville de Rastatt[616]. Plus haute autorité en zone française, ce dernier est compétent pour l'ensemble du secteur. De plus, est créé un tribunal dit « supérieur », siégeant comme juridiction d'appel de l'ensemble de ces cours. Quant à leur compétence, ces juridictions sont déclarées aptes à juger *« tous crimes de guerre tels qu'ils sont définis par les accords internationaux en vigueur entre les puissances occupantes quand les auteurs de ces crimes, commis postérieurement au 1er septembre 1939, sont des ressortissants ennemis ou agents non français au service de l'ennemi, et lorsque ces crimes ont été perpétrés hors de France ou des territoires relevant de la France à l'époque à laquelle ils ont été commis ».* Leur compétence est donc relativement restreinte puisque seuls les crimes de guerre – pour autant qu'ils aient été commis hors du territoire de la République française – sont de leur ressort.

Avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 36 en février 1946, leur autorité est étendue au-delà des seules violations des lois et coutumes de la guerre. Les tribunaux d'occupation sont chargés de l'application de la loi n° 10. Désormais, l'ensemble des crimes prévus et définis dans cette norme sont justiciables d'être déférés devant eux[617].

---

614 Ordonnance n° 20 en date du 25 novembre 1945 précitée.

615 Ordonnance relative à la répression des crimes de guerre, contre la paix et l'humanité et de l'association à des associations criminelles, en date du 25 février 1946, expliquée par Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., pp. 77-78.

616 A une douzaine de kilomètres de Baden-Baden.

617 Art. 1er : *« Les tribunaux du gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne sont compétents, par application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Interallié portant châtiment des*

Reste qu'en pratique, seul le Tribunal général est apte à prononcer la peine capitale, sanction prévue par le Conseil de Contrôle Allié parmi les mesures afflictives fixées dans l'article 2 §3 de sa norme[618]. Partant, la juridiction de Rastatt détient le monopole du jugement des individus sur le fondement de l'ordonnance n° 36 et, de fait, de la loi n° 10. Rien de surprenant à ce que les condamnations à mort soient, en quantité, moins nombreuses qu'on aurait pu l'imaginer.

139. La plupart des instances en zone française mettent en cause des individus soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre[619]. Rien que devant le Tribunal général, près de 560 criminels de ce type comparaissent au cours de 150 instances. Parmi elles, on compte une vingtaine de procès d'envergure, soit qu'ils réunissent un grand nombre d'inculpés ou concernent une personnalité allemande importante[620], soit que les peines prononcées soient particulièrement sévères[621].

---

personnes coupables de crimes de guerre, contre la paix et contre l'humanité, pour juger les crimes énumérés par ladite loi. »

618 Art. 2 §3 de la loi n° 10 : *« Toute personne reconnue coupable d'un des crimes précités peut, après avoir été reconnue coupable, être frappée de la peine que le tribunal estimera juste. Ce châtiment peut comprendre une ou plusieurs des formes suivantes : a) mort, b) emprisonnement à perpétuité ou pour une durée déterminée, avec ou sans travaux forcés, c) amende et emprisonnement, avec ou sans travaux forcés, en cas de non-paiement de l'amende, d) confiscation des biens mal acquis, e) restitution des biens mal acquis, f) privation de certains ou de tous les droits civiques. Tous les biens confisqués ou dont la restitution est prescrite par le tribunal seront remis au Conseil de Contrôle pour l'Allemagne qui en règlera l'attribution. »*

619 Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, op. cit., p. 141 et suivantes.

620 Le plus retentissant est le procès du magnat de l'acier Herman Röechling et consorts, jugés sur le fondement de l'ordonnance n° 36 et de la loi n° 10. Il s'agit d'ailleurs de la seule procédure de ce type dont le jugement est intégralement publié (voir *Notes documentaires et études* n° 976, La Documentation Française, 12 août 1948 ; voir également la traduction anglaise disponible in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10*, op. cit., p. 1097 et suivantes).

621 Sur les 35 accusés du camp de Neue Bremm, 14 ont fait l'objet d'une condamnation à mort par le Tribunal général. De même, sur les 141 accusés des camps de Wurtemberg, 50 ont été sanctionnés de la peine capitale. Pour une présentation de l'ensemble des peines prononcées, Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, op. cit., annexe 11, p. 316.

3. En zone britannique

140. On le sait, le gouvernement militaire a préféré avoir recours au *royal warrant* du 14 juin 1945[622] plutôt qu'au texte du Conseil de Contrôle Allié pour poursuivre les criminels de guerre *stricto sensu*. Il en est ainsi dans plusieurs instances mettant en scène le personnel des camps de Neuengamme, de Ravensbrück, de Struthof-Natzweiler et de Bergen-Belsen[623]. De même, le procès mené contre les fabricants du gaz Zyklon-B et les audiences qui se tiennent, pour des raisons pratiques, hors d'Allemagne[624] prennent appui sur l'ordre royal. Au total, 1.085 procès pour crimes de guerre sont organisés et 280 personnes sont de ce chef sanctionnées de la peine de mort par pendaison[625].

La loi n° 10 est en revanche utilisable pour la répression des crimes contre l'humanité. Mais, fait remarquable, très peu de procédures de ce type se déroulent devant les juridictions d'occupation. La compétence juridictionnelle est presque totalement déléguée aux tribunaux allemands, habilités à intervenir en la matière[626]. Tout juste certaines affaires sont-elles sélectionnées pour servir de « précédents »[627], afin de guider les cours internes dans le choix des sanctions à prononcer, conformément à un décret du gouvernement militaire du 10 septembre 1946[628]. Au demeurant, la doctrine[629] remarque que le principe

---

622 Pour les références de cet acte, voir note n° 564.

623 Pour une présentation complète, Anthony KEMP, « Poursuite des criminels de guerre dans la zone d'occupation britannique », traduit de l'anglais par Judith ROSENZWEIG, in Annette WIEVIORKA (sous la dir.), *Les procès de Nuremberg et Tokyo*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1996, pp. 227-237. Voir également Katrin HASSEL, *Kriegsverbrechen vor Gericht – Die Kriegsverbrecherprozesse vor Militärgerichten in der britischen Besatzungszone unter dem Royal Warrant vom 18. Juni 1945 (1945-1949)*, Baden-Baden, Nomos Verlag, Collection Studien zur Geschichte des Völkerrechts, volume 19, 2009, p. 145 et suivantes.

624 Il en est ainsi du procès du *Generalfeldmarschall* allemand Albert Kesselring, à Venise, entre le 17 février et le 6 mai 1947. Voir Kerstin VON LINGEN, *Kesselring's Last Battle : War crimes trials and cold war politics – 1945-1960*, Lawrence, University Press of Kansas, 2009, pp. 76-77.

625 La plupart des détenus ont été graciés et les derniers, libérés en 1957.

626 Nous y reviendrons dans le paragraphe suivant.

627 En anglais « *test cases* ».

628 *Justiz-Mitteilungsblatt für Nordrhein-Westfalen*, 1947, p. 3.

629 Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 117.

sous-tendu par cet acte ne trouve pas de réelle application en pratique, faute de motivation précise dans les « décisions-exemples ».

141. En résumé, les tribunaux militaires alliés jugent les criminels, pour la plupart de guerre, en nombre. Si les camps de concentration, à travers leurs personnels, font aussi l'objet de procédures dans chaque zone, l'incrimination de crime contre l'humanité reste cependant bien marginale dans les actes d'accusation. Une appréciation similaire peut être portée au sujet de la justice exercée par les cours allemandes, sous la tutelle des occupants.

B. DEVANT LES TRIBUNAUX ALLEMANDS[630]

142. On le sait, les Etats-Unis ont refusé d'habiliter les juridictions germaniques à se saisir des faits qualifiables crimes contre l'humanité au sens de la loi n° 10, commis par des Allemands à l'encontre d'Allemands ou d'apatrides. Par conséquent, aucun procès n'a lieu sur le fondement de la norme du Conseil de Contrôle Allié devant un tribunal interne en zone américaine, à l'inverse de ce qui peut se passer, nous le verrons, dans les secteurs français et britannique[631].

1. En zone américaine

143. Il convient ici de dresser un bilan des résultats obtenus en zone américaine par le système inédit de « dénazification pénale ». Rappelons que ce processus s'appuie sur deux lois consécutives et complémentaires : la loi de libération du national-socialisme et du militarisme et la loi relative au châtiment des délits nationaux-socialistes de juin 1946[632].

---

630 Présentation détaillée d'Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., pp. 105-123.

631 Les éléments dont nous disposons prouvent que la répression dans ces deux secteurs a été relativement homogène, ce qui justifie que nous les traitions dans un même paragraphe.

632 Dont les contenus ont été analysés supra §130.

La loi de libération[633] conduit, en pratique, au déferrement devant les chambres de dénazification de 930.000 personnes. Parmi elles, 1.549 sont classées comme « coupables principaux », environ 21.000 comme « responsables de faute graves », plus de 104.000 comme « responsables de faute moyennement sérieuse » et près 475.000 comme « comparses ». S'agissant des sanctions, des peines privatives de liberté sont prononcées contre 9.000 individus. Les autres sont condamnés au paiement d'amendes (500.000), à la réalisation de divers travaux de réparations et de reconstruction (30.000) ou encore à la confiscation de tout ou partie de leurs biens. Quantitativement, ces chiffres paraîssent relativement convenables. Néanmoins, l'effet de la répression est nettement atténué du fait de plusieurs mesures d'amnistie touchant différents groupes de personnes[634]. De même, d'autres interventions législatives – du gouvernement militaire ou des *Länder* avec l'assentiment de celui-ci – viennent réduire les sanctions prévues à l'égard des auteurs de fautes d'une gravité moyenne et des comparses[635]. Partant, la rigueur dont font preuve les *Spruchkammern* est partiellement neutralisée par la suite.

De son côté, la loi relative au châtiment des délits nationaux-socialistes[636] permet *a priori* à des juridictions répressives internes de juger, sur le fondement du code criminel, des comportements qualifiables crimes contre l'humanité[637] qui ne peuvent être confondus avec les activités et situations sanctionnées par la loi de libération. On a constaté à cet égard que l'application du droit pénal allemand n'est pas forcément plus favorable aux délinquants que celle de la loi n° 10. Toutefois, les autorités américaines ont empêché que la loi de juin 1946 reçoive l'application étendue qu'elle aurait pu avoir. En effet, rares sont

---

633 Statistiques fournies par Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 112. Nous n'étudions ici que le versant répressif de cette loi hybride, bien qu'elle ait eu d'autres finalités : l'épuration, la réparation et la sécurité politique.

634 Le même auteur cite, à titre d'illustrations, les mesures d'amnistie touchant les individus nés après le 1er janvier 1919 ou encore les invalides. Cf. Ibidem, p. 112.

635 Idem.

636 Pour l'analyse de ces effets, Idem, pp. 123-124.

637 Rappelons la formule de l'article 1er : *« des délits liés à des atrocités ou à des persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial ou antireligieux et qui, sous le régime national-socialiste, pour des motifs d'ordre politique, racial ou antireligieux, n'ont pas été punis, devront être poursuivis lorsque leur châtiment est aujourd'hui exigé par les principes de la justice, notamment celui de l'égalité de tous devant la loi ».*

en pratique les affaires intentées sur ce fondement devant les tribunaux allemands de la zone américaine. Les faits susceptibles de déclencher l'application de ce texte sont en réalité « noyés » dans le système de la dénazification pénale.

2. En zones française et britannique

144. Dans ces deux secteurs, les juridictions répressives allemandes ont pu user de la compétence dérogatoire de l'article 3 §1 (d) de la loi n° 10, mais le bilan de la répression menée sur ce fondement est clairement « en demi-teinte ». La suppression de cette faculté dès le début des années 1950 dans le but d'étendre leur ressort à l'ensemble des infractions nazies laissait espérer une hausse du nombre de condamnations. Il n'en a rien été. Revenons sur ces deux périodes successives pour en comprendre les tenants et aboutissants, avant d'en donner notre lecture.

145. Par le recours à la clause de l'article 3 §1 (d), les autorités françaises[638] puis britanniques[639] ont habilitées les tribunaux ordinaires à se saisir des faits qualifiables crimes contre l'humanité au sens que donne le Conseil de Contrôle Allié à cette incrimination, commis par des nationaux allemands sur des nationaux allemands ou des apatrides. Mais dans le détail, une différence de démarche entre les deux occupants mérite d'emblée d'être soulignée. En effet, hormis les restrictions tenant à la nationalité des victimes et des auteurs, la France n'a jamais posé aucune restriction à la compétence matérielle des cours germaniques. La Grande-Bretagne, quant à elle, a procédé par étapes, fixant une compétence initialement limitée pour l'élargir progressivement. Dans un premier temps, le décret du 10 septembre 1946 précité[640] a précisé que sont du ressort de ces cours les infractions relevant du crime contre l'humanité commises par des gardiens, des membres de la *Gestapo*, des *S.S.* ou de la police, à l'encontre des prisonniers des camps de concentration, de travail forcé ou des prisons. Ensuite, deux autres décrets du 21

---

638 Voir l'ordonnance n° 173 du 23 septembre 1948 précitée.

639 Voir l'ordonnance n° 47 du gouvernement militaire britannique précitée.

640 Cf. §140.

novembre 1946[641] et du 20 décembre 1946[642] ont étendu la compétence aux faits de stérilisation ou autres interventions chirurgicales illégales effectuées pour des motifs d'ordre racial ou politique, ainsi qu'aux actes de persécution raciale sauf ceux perpétrés à l'encontre des Juifs. Cette dernière restriction a été levée par un décret du gouvernement militaire le 5 juillet 1947[643]. A partir de cette date, tous les faits visés dans l'article 3 §1 (d) de la loi n° 10 sont susceptibles d'être jugés par les tribunaux internes[644].

Le bilan de l'activité des cours allemandes sur le fondement de la loi n° 10, réalisé dès le début des années 1980 par des spécialistes du nazisme et de l'immédiat après-guerre, montre que les efforts en faveur de l'auto-épuration (*Selbstreinigung*) pénale sont plutôt importants[645]. Selon les statistiques, 5.228 personnes ont été condamnées, entre 1945 et 1950, à partir des plaintes émanant de la population[646]. Une dizaine de peines capitales et 158 peines de prison à perpétuité ont été prononcées[647]. Pourtant, ces chiffres semblent, aux yeux de nombreuses personnes[648], bien trop faibles.

---

641 *Justiz-Mitteilungsblatt für Nordrhein-Westfalen*, 1947, p. 4.

642 Ibidem, p. 5.

643 *Zentral-Justizblatt für die Britische Zone*, 1947, p. 43.

644 Notons que le gouvernement militaire britannique a voulu étendre de nouveau la compétence des tribunaux allemands, cette fois aux crimes contre l'humanité commis à l'encontre des ressortissants des Nations-Unies, jugés non plus sur le fondement de la loi n° 10 mais sur celui du code criminel. Néanmoins, cette intention n'a fait l'objet que d'une lettre adressée au ministre de la Justice du *Land* de Rhénanie-Nord-Westphalie. Non publiée, elle est restée nulle d'effet. Voir sur le sujet, Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 118.

645 Sur ce point, Martin BROSZAT, « Siegerjustiz oder strafrechtliche « Selbstreinigung ». Aspekte der Vergangenheitsbewältigung der deutschen Justiz währebd der Besatzungszeit 1945-1949 », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1981, pp. 477-544.

646 Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 121. D'après Ingo MÜLLER, *« ces plaintes concernaient surtout des malfaiteurs du milieu social des victimes que ces dernières continuaient de rencontrer : le responsable de la section locale de la N.S.D.A.P., le voisin coupable de délation, le kapo du camp, un codétenu qui avait persécuté ses camarades ».* Cf. « Comment les allemands ont-ils jugé les crimes du nazisme ? », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Ed. Autrement, Coll. Mémoires, 2002, p. 81.

647 Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, op. cit., annexe 11, p. 96.

648 Autant aux yeux des victimes, de leurs familles que de certains auteurs. Voir Martin BROSZAT, « Siegerjustiz oder strafrechtliche « Selbstreinigung ». Aspekte der Vergangenheitsbewältigung der deutschen Justiz währebd der Besatzungszeit 1945-1949 », op. cit.

146. Avec la création de la R.F.A. en 1949, la loi n° 10 et les textes propres à chaque zone voient leur autorité considérablement décliner. En effet, le Conseil de Contrôle Allié[649] adopte un nouveau texte dit « loi n° 13 »[650] qui intègre dans les attributions des juridictions internes les crimes de guerre commis contre des ressortissants alliés. Tous les tribunaux ordinaires de l'Allemagne de l'ouest sont dorénavant autorisés à recourir aux incriminations du code pénal, pour initier de nouvelles poursuites, au-delà des seuls crimes contre l'humanité commis contre des Allemands ou des apatrides[651]. Par conséquent, bien qu'elle reste en vigueur, la loi n° 10 perd de son efficience dans les secteurs français et britannique. Dans les années 1950-1951, le ministère de la justice de la R.F.A. recense encore près de 730 cas jugés sur son fondement. Mais rapidement, les gouvernements militaires ne voient plus l'utilité de la compétence spéciale ménagée par l'article 3 §1 (d). Ils suppriment donc sans tarder cette possibilité[652]. Il en est de même pour le haut commandement américain qui abroge la loi de juin 1946, devenue désuète[653]. Par conséquent, les exactions non encore définitivement jugées ne sont plus répréhensibles que sur le fondement du droit commun.

---

649 Devenu « Haute Commission Alliée » (ou encore « Haute Commission pour l'Allemagne occupée ») depuis le départ des représentants soviétiques. Cette autorité a été créée le 21 septembre 1949 pour règlementer et superviser le développement de l'ancienne trizone, devenue la R.F.A.

650 Loi du 25 novembre 1949, entrée en vigueur le 1er janvier 1950 (*Journal officiel de la Haute Commission Alliée en Allemagne*, 1950, p. 54).

651 Ce texte vient en réalité légitimer la pratique mise en place auparavant par les juridictions pour contourner la lourdeur du système de la loi n° 10. En effet, les juges allemands ont très vite pris l'habitude de recourir à des infractions de droit commun tels les coups et blessures, pour sanctionner commis à l'encontre de non-allemands. Ce subterfuge a aussi permis aux juridictions allemandes de se saisir de faits qualifiables crimes de guerre commis contre des militaires alliés. Cela explique en partie pourquoi la majorité des condamnations de la période post-conflictuelle s'est faite sur le fondement du code criminel. Voir Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 245.

652 Par l'ordonnance n° 234 du haut commissaire allié britannique et l'arrêté n° 171 du haut commissaire allié français en date du 31 août 1951 (*Journal officiel de la Haute Commission Alliée en Allemagne*, 1951, p. 1137). Les sentences rendues conformément au texte abrogé et passées en force de chose jugée sont maintenues et demeurent exécutoires.

653 Cette information est donnée par Henri MEYROWITZ, qui ne fournit cependant pas d'indication sur la date de l'abrogation (Cf. *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., p. 125).

On aurait pu s'attendre à une augmentation des jugements rendus par les cours germaniques désormais libres de sanctionner n'importe quel acte susceptible d'une qualification ordinaire[654], éventuellement assimilable à un crime de guerre ou à un crime contre l'humanité. Pourtant, c'est le phénomène inverse que l'on observe. A compter de 1952, alors que les poursuites se multiplient – notamment relatives aux camps de concentration et aux exécutions massives à l'est –, les condamnations sont en nette diminution : 191 en 1952, 123 en 1953, puis entre 20 et 45 les années suivantes[655]. S'agissant des peines infligées, elles demeurent d'une intensité restreinte.

147. Est-ce à dire que les procès menés en zone britannique et française par les tribunaux répressifs allemands après-guerre ont manqué de sérieux ? L'appréciation portée *a posteriori* est particulièrement polémique et suscite des opinions très tranchées. Beaucoup fustigent un laxisme et une indulgence marqués. A notre sens, l'interprétation à donner mérite plus de nuances et de précaution. Certes, le bilan répressif est mitigé et cela n'a rien d'excusable, mais on peut y apporter quelques justifications objectives. Reprenons donc les deux périodes précédemment étudiées.

148. Ceux qui critiquent la justice rendue dans les premières années post-conflit arguent de deux raisons principales : la majorité des condamnations ont été de moindre importance, basées sur les incriminations du droit pénal commun plutôt que sur celle de crime contre l'humanité ; le taux de classements sans suite est fort, notamment en matière de crimes d'euthanasie[656].

---

654 Pour une présentation des qualifications de droit commun utilisables, voir Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 125. Les plus sévèrement réprimées : emprisonnement perpétuel pour les infractions de *Mord* (assassinat §211 StGB) et *Totschlag in besonders schwerem Fall* (homicide involontaire particulièrement grave §212 al. 2) ; emprisonnement d'une durée de quinze ans pour les infractions de *Totschlag* (homicide involontaire §212 al. 1), *Körperverletzung mit Todesfolge* (voies de fait ayant entrainé la mort §226), *Freiheitsberaubung mit Todesfolge* (privation de liberté ayant entrainé la mort §239 al. 3), *einfacher und schwerer Raub* (vol simple et qualifié (§§ 249-250).

655 Statistiques générales données par Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, op. cit., p. 99.

656 Voir Martin BROSZAT, « Siegerjustiz oder strafrechtliche « Selbstreinigung ». Aspekte der Vergangenheitsbewältigung der deutschen Justiz währebd der Besatzungszeit 1945-1949 », op. cit.

Mais il faut bien reconnaître que des poursuites pénales systématiques n'étaient pas envisageables à cette époque, et ce, malgré la faculté offerte par l'article 3 §1 (d) de la loi n° 10. Les juges allemands ont dû faire face à des obstacles conséquents. D'une part, des difficultés logistiques sont nées de la guerre et de ses suites : destructions des locaux, effectifs réduits du fait de l'épuration administive au sein des différents corps de l'Etat, recensement de la population inexistant, fausses identités, moyens de communication rudimentaires, finances désastreuses, etc. A cela s'ajoutent les entraves à l'échange des pièces de procédures et au transfert de personnes – témoins, victimes ou suspects – d'une zone d'occupation à l'autre. Cela explique aussi bien la lenteur des procédures que le nombre limité de celles qui ont pu aboutir. D'autre part, la compétence des juridictions pour les crimes les plus graves est très restreinte. Elles ne peuvent intervenir qu'en cas de crimes contre l'humanité commis à l'égard d'Allemands ou de personnes sans nationalité, ou pour poursuivre des infractions de droit commun. En clair, *« le meurtre des Juifs européens et la plupart des crimes commis dans les camps de concentration, ainsi que les crimes de guerre, [restent] (...) en dehors de l'autorité judiciaire des Allemands »*[657].

149. Pour la seconde période, les critiques sont acerbes et s'articulent autour de l'idée d'une *« impunité juridiquement organisée »*, d'une *« mauvaise volonté »* des gouvernants et des magistrats, produisant l'effet d'une *« amnistie générale »* et aboutissant à un *« échec massif »* de la justice allemande[658]. D'aucuns pointent l'article 16 de la *Grundgesetz* disposant qu'aucun allemand ne peut être extradé vers un autre Etat, ce qui restreint l'effectivité des procédures potentiellement engagées à l'étranger. Il est vrai que cela est choquant lorsqu'on envisage les poursuites par contumace exercées par les tribunaux militaires français. Les condamnations *in absentia* ne sont pas définitives mais les juridictions allemandes n'ont pas le droit de rejuger une affaire traitée par une juridiction du gouvernement militaire[659], y compris par contumace[660]. Et si l'extradition des accusés

---

657 Norbert FREI, « Le retour du droit en Allemagne. La justice et l'histoire contemporaine après l'Holocauste – Un bilan provisoire », op. cit., p. 66.

658 Voir Ingo MÜLLER, « Comment les allemands ont-ils jugé les crimes du nazisme ? », op. cit., p. 81 et 87.

659 Et ce, en vertu du « Contrat de transition » du 26 mai 1952 (*Gesetz über die vorläufige Ausübung der Staatsgewalt im südwestdeutschen Bundesland, Gesetzblatt Baden-Württemberg* n° 2, 1952, pp. 3-6), signé entre la R.F.A. et les trois forces d'occupation de l'ouest.

soudainement réapparus est impossible, ils jouissent alors d'une immunité de fait hautement blâmable.

Cependant, l'article 16 ne suffit pas à expliquer le faible taux de condamnations. Remarquons d'abord que la suppression de la faculté dérogatoire de la loi n° 10 en 1951 coïncide avec les prémisses de la Guerre froide. Un nouvel ennemi a été trouvé vers lequel toutes les attentions se tournent ; les plaintes se font de plus en plus rares. Par ailleurs, les juridictions doivent composer avec les contraintes du droit pénal commun. Ne peuvent être réprimés que les délits commis sous le régime nazi et en connexion avec ce régime non frappés de la prescription extinctive[661]. Les procédures ne couvrent donc que les infractions les plus graves, c'est-à-dire, dans les faits, uniquement les crimes commis par des militaires ou des civils allemands, à l'intérieur ou en dehors du territoire de l'Allemagne, à l'encontre de nationaux allemands ou autres, civils ou militaires[662]. De plus, les tribunaux sont dans l'interdiction de se saisir des affaires qui non seulement ont été déjà jugées mais encore sont en cours d'instruction devant les juridictions d'occupation[663], ce qui limite considérablement leur champ d'action. Enfin et de manière traditionnelle, ils ne peuvent agir que dans les strictes limites du ressort territorial de leur parquet[664].

150. En conclusion, les juridictions internes ne bénéficient pas des conditions optimales permettant la poursuite massive et efficiente des auteurs des crimes les plus horribles. Face aux restrictions observées, aussi bien matérielles que légales, la répression mise en œuvre

---

660 C'est la posture adoptée par la Cour fédérale allemande selon Ingo MÜLLER, « Comment les allemands ont-ils jugé les crimes du nazisme ? », op. cit., p. 82.

661 A l'époque, en Allemagne, le délai de prescription de l'action publique est de vingt ans pour les crimes que la loi punit de travaux forcés à perpétuité (sanction maximale depuis l'abolition de la peine de mort par la Loi Fondamentale de la R.F.A.) et quinze ans pour les crimes punis d'une peine privative de liberté de plus de dix ans (§67 StGB).

662 Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, op. cit., pp. 125-126.

663 Et ce, en vertu du « Contrat de transition » du 26 mai 1952 (*Gesetz über die vorläufige Ausübung der Staatsgewalt im südwestdeutschen Bundesland, Gesetzblatt Baden-Württemberg* n° 2, 1952, pp. 3-6), signé entre la R.F.A. et les trois forces d'occupation de l'ouest.

664 Yveline PENDARIES, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, op. cit., p. 99.

n'apparaît ni médiocre ni satisfaisante. On ne peut que regretter la complexité de l' « engrenage juridictionnel », conduisant inéluctablement à un manque de lisibilité des condamnations rendues. Surtout, l'amertume demeure face à la « mollesse » qui entoure la sanction des crimes nazis à caractère raciste, qu'elle soit exercée par les Alliés ou par les cours nationales, sur le fondement de la loi n° 10 ou de textes propres à chaque zone d'occupation. Au terme de notre analyse de la justice prononcée en Allemagne de l'ouest après-guerre, nous partageons donc la pensée de Norbert Frei lorsqu'il écrit : *« deux éléments se dégagent : d'une part, le règlement de compte avec le nazisme était d'abord et avant tout un projet des Alliés et non pas des Allemands, et d'autre part, l'Holocauste (…) n'était pas au centre des efforts de châtiment »*[665].

CONCLUSION DU CHAPITRE II

151. Comment juger l'ensemble des crimes « de la guerre » ? Telle est donc la question que se sont posés hommes politiques et tribunaux à la sortie du conflit.

Matériellement, cela est impossible. Le contentieux est immense, une partie des délinquants est en fuite, les preuves sont difficiles à rapporter, les infrastructures ont été détruites. Politiquement, est-ce vraiment une priorité ? A Nuremberg, trois catégories d'infractions commises par les plus hauts responsables nazis ont été mises en évidence : les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Tous ont été le fondement de poursuites et de condamnations par le Tribunal international quadripartite. On aurait pu penser – et beaucoup l'espéraient – que dans les Etats, on travaillerait sur ce modèle. C'était sans compter les contingences politiques et l'urgence de la situation qui ont poussé les juridictions internes à faire un tri dans ce contentieux de masse.

---

665 Norbert FREI, « Le retour du droit en Allemagne. La justice et l'histoire contemporaine après l'Holocauste – Un bilan provisoire », op. cit., p. 61.

152. Le conflit a pris fin mais il est toujours omniprésent et conditionne les choix opérés, y compris juridictionnels. Ce constat s'impose dans les deux pays, bien que le statut de vainqueur/vaincu engendre certaines différences notables. La France n'a aucun scrupule à ignorer les crimes racistes, ne prenant pas la peine d'adopter les outils nécessaires à leur poursuite. Concentrée sur l'armistice de 1940, la collaboration et la Résistance, elle est incapable d'enrayer la violence qui se déchaîne dès la Libération et les procédures judiciaires intentées sont peu adéquates. L'Allemagne, elle, soumise à la pression alliée et internationale, n'occulte aucune catégorie d'infractions mais les traite avec une très grande inégalité. Les crimes contre l'humanité sont intégrés dans la compétence des juridictions et abordés tant par les tribunaux d'occupation que par les tribunaux internes, mais d'une façon très marginale et avec une certaine clémence dont s'offusquent les commentateurs.

Ainsi, plus que la répression des crimes « de la guerre », on assiste à une focalisation plus ou moins évidente de la pénalisation sur les crimes « de guerre » et assimilés, c'est-à-dire sur les exactions dont ont été victimes les soldats et autres combattants du régime nazi : *« Buchenwald recouvre Auschwitz »*[666].

666 Annette WIEVIOKA, « Shoah : les étapes de la mémoire en France », in Pascal BLANCHARD et Isabelle VEYRAT-MASSON (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, Ed. La Découverte, 2008, p. 109.

CONCLUSION DU TITRE I

> « Depuis l'effondrement [du III^{ème} Reich] en 1945, il y a eu constamment coexistence de courants antagonistes aux forces fluctuantes. Le désir d'oublier et d'être oublié, le refus de savoir et la tentation d'excuser – moins les grands coupables que soi-même et les siens – ont été présents, à côté de la volonté de savoir, de la ferme condamnation, de la mise en accusation pouvant aller jusqu'au masochisme moral, individuel ou collectif. »[667]

153. Il est indéniable que l'immédiat après-guerre a été, pour les deux Etats de notre étude, une période charnière. Il ne pouvait en être autrement après ce conflit que la communauté internationale considérait comme sans précédent dans l'histoire de l'Humanité le pire de tous les temps. Comme l'explique Alfred Grosser, il était impératif de *« punir et transformer »* : *« transformer sans doute les individus punis. Transformer la société, c'est-à-dire l'ensemble des individus, en changeant leur points de référence et leurs comportements par l'entrée du crime dans leurs mémoires, à la fois par sa présentation et par sa représentation »*[668]. Pour ce faire, on avait l'ambition de *« juger l'Allemagne dans son ensemble pour préparer un avenir qui [sera] radicalement différent »*[669].

Cet objectif, qui se voulait louable, n'a été que très partiellement atteint en pratique. De l'épuration à la réconciliation nationale, de la dénazification à la reconstruction du pays, les autorités exécutives et judiciaires ont du « composer » avec un contexte socio-politique difficile. Assurément, les pressions étaient d'origines différentes compte tenu du statut de chacun – « vainqueur » pour la France, vaincu pour l'Allemagne – mais les résultats obtenus sont quasi-identiques : un processus de châtiment imparfait, un bilan controversé

---

667 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 87.

668 Ibidem, p. 94.

669 Idem, p. 95.

car peu acceptable pour tous ceux qui se sont sentis concernés en tant que victimes, témoins, accusés, juges ou observateurs extérieurs.

Le temps a aussi « joué un mauvais rôle ». D'un côté, on a manqué de recul sur les événements, indispensable pour pouvoir adopter des positions réfléchies et constructives. De l'autre, le temps s'est révélé être rapidement une source de lassitude, conduisant à une indulgence critiquable mais certainement inéluctable.

154. Finalement, la justice de la première génération post-conflit apparaît aujourd'hui bien déficiente – voire « aveugle » – mais peut-être n'avait-elle pas d'autre choix que de l'être. L'indépendance requise pour une justice apaisée et équitable était impossible à atteindre du fait de contraintes trop nombreuses. Une prise de distance temporelle ne pouvait que se révéler bénéfique. Cependant, a-t-on vraiment réussi à trouver un compromis convenable entre la justice traditionnelle et la nécessité d'enterrer définitivement le nazisme, le fascisme et toutes les velléités analogues ? Les crimes contre l'humanité ont-ils été traités à l'égal des crimes de guerre et à la hauteur de leur atrocité ? La tentation de la réponse positive est grande tant les lacunes des premières tentatives de procès sont palpables[670]. Reste que d'un extrême à l'autre, il n'y a parfois qu'un pas.

---

670 Partageant cet avis, Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, traduit de l'anglais par Jean-Luc FIDEL, Seuil, 2006, p. 309 : *« le fait que les tribunaux, agissant au lendemain immédiat des évènements qu'ils jugent, manquent de recul historique suscite en l'occurrence des doutes quant au potentiel de la justice. Seul le recul permet à l'interprète de resituer les évènements, en particulier ceux qui sont si traumatiques et dérangeants pour les contemporains, au sein d'un schéma étendu du contexte intelligible pouvant convaincre les générations futures ».*

TITRE II.

LE TEMPS DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

« Vingt ans… Les générations se croisent. Celles de la guerre, qui détiennent en partie les rênes du pouvoir, réécrivent l'histoire à l'usage de celles qui arrivent, qui n'ont connu au pis que les privations des parents. Mais vingt ans, c'est aussi le temps de la prescription des actes commis en 1944. Et l'oubli a ses limites. »[671]

155. Par une étude de la chronologie mémorielle de la Shoah aux Etats-Unis, un professeur d'histoire de Chicago[672] identifie les années 1960 comme étant une étape de transition entre le silence de l'après-guerre et la période plus récente de *« mémorialisation »*[673]. Il explique le « virage » qui s'amorce à cette période – et qui initie pour nous la deuxième génération post-conflit – par l'impact international du procès Eichmann[674] tenu en Israël en 1961. Rappelons brièvement les données de l'affaire.

Adolf Eichmann, ancien membre du parti nazi et haut fonctionnaire du III[ème] *Reich*[675], comparaît à Jérusalem à compter du 11 avril 1961. Il est poursuivi pour quinze chefs d'accusation, que l'on peut regrouper en quatre catégories : crimes contre l'humanité, crimes de guerre, participation à une organisation hostile et crimes contre le peuple juif[676].

---

671 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* Seuil, Coll. Points – Histoire, 1990, p. 109.

672 Voir l'analyse de Peter NOVICK, *L'Holocauste dans la vie américaine*, traduction de l'anglais par Pierre-Emmanuel DAUZAT, Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 2001, 434p.

673 Anne GRYNBERG, « Une mémoire saturée ? », *Les Cahiers de la Shoah* 2002/1, n° 6, p. 128. L'auteur entend par mémorialisation l'existence actuelle d'un processus institutionnalisé, voire ritualisé, de traitement de la mémoire.

674 De nombreux ouvrages ont été rédigés à propos de ce procès. Pour les plus connus, dans l'ordre chronologique, Gidéon HAUSNER, *Justice à Jérusalem*, traduit de l'anglais par Pierre JAVET, Flammarion, 1976, 667p. ; Annette WIEVIORKA, *Le procès Eichmann*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1989, 201p. ; Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, traduit de l'anglais par Anne GUERIN, Gallimard, Coll. Folio – Histoire, 1997, 484p. ; Léon POLIAKOV, *Le procès de Jérusalem – Juger Adolf Eichmann*, Calmann-Levy, 1999, 414p. Pour des ouvrages plus récents, Deborah E. LIPSTADT, *The Eichmann Trial*, New-York, Nextbook, 2011, 237p. ; Isabelle DELPLA, *Le mal en procès : Eichmann et les théodicées modernes*, Hermann, Coll. L'avocat du diable, 2011, 227p. ; Claude KLEIN, *Le cas Eichmann : vu de Jérusalem*, Gallimard, 2012, 265p. ; Henry ROUSSO (sous la dir.), *Juger Eichmann, Jérusalem, 1961*, Mémorial de la Shoah, 2011, 183p., ouvrage tiré de l'exposition du même nom et accompagné d'un dvd des sessions du procès.

675 Il était *S.S. Obersturmbannführer*, grade comparable à celui de lieutenant-colonel dans l'armée française ou *Oberstleutnant* dans la *Wehrmarcht.*

676 Cette catégorie, assimilable à la trahison, a été créée par une loi de 1950 qui a fait polémique. Cf. Henry ROUSSO, « Juger Eichmann », émission « Le bien commun », France Culture, 25 juin 2011, disponible **[en ligne]** sur http://www.franceculture.fr/emission-le-bien-commun-juger-eichmann-2011-06-25.html (consulté le 28 mars 2014).

Après huit mois d'audience et une ligne de défense basée sur le respect des ordres, Eichmann est déclaré coupable pour le tout et condamné à mort[677] le 11 décembre 1961. Il interjette appel mais voit le verdict confirmé le 28 mars 1962. Il présente un recours en grâce, refusé par le chef de l'État israélien le 31 mai. Il est exécuté par pendaison la nuit suivante, dans la cour de la prison de Ramla.

Selon Annette Viewiorka[678], le procès Eichmann est une réelle rupture. Symboliquement, c'est la première fois qu'une instance se fixe pour *« objectif explicite de donner une leçon d'histoire »*, abordant le thème ô combien délicat *« de la pédagogie et de la transmission »*[679]. De plus, une équipe américaine de télévision est autorisée à enregistrer en intégralité le déroulé des débats. Ils seront très largement diffusés sur les écrans partout dans le monde. Enfin, l'accusation prend majoritairement appui sur des témoignages – cent onze au total –, à la différence des procureurs de Nuremberg qui s'étaient principalement fondés sur une masse de documents. C'est inédit : on offre aux rescapés une place qui leur a été déniée jusqu'à présent. La parole des survivants est libérée grâce à la scénographie singulière choisie. En ce sens, c'est un *« procès pour la mémoire »*[680]. Parallèlement, le monde découvre que le génocide des Juifs présente certaines caractéristiques qui lui sont propres et ne peut être confondu de manière globalisante avec l'ensemble des actions criminelles nazies. C'est d'ailleurs à cette période que le mot « Holocauste » prend aux Etats-Unis son « H » majuscule et son acception aujourd'hui bien connue de massacre systématique et ciblé des Juifs par l'Allemagne nazie. En ce sens, c'est aussi un procès contre l'oubli, pour éviter la réitération à l'avenir de faits abominables.

---

677 La peine de mort a été officiellement abolie en 1954 en Israël, sauf pour les crimes contre l'humanité et les crimes contre le peuple juif.

678 Annette WIEVIORKA, « Shoah, les étapes de la mémoire en France », in Pascal BLANCHARD et Isabelle VEYRAT-MASSON (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, La Découverte, 2008, pp. 110-111.

679 Ibidem.

680 Expression empruntée au titre de l'ouvrage de Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire*, Ed. Autrement, Coll. Mémoires, 2002, 172p.

156. Le retentissement de l'affaire Eichmann a largement dépassé les frontières israéliennes et américaines. A sa suite, le même constat d'un nouveau mouvement peut être dressé en Europe, singulièrement en France et en Allemagne fédérale ; on assiste à un véritable changement d'état d'esprit (Chapitre 1). S'il ne s'explique pas par les mêmes raisons de part et d'autre du Rhin, il trouve un écho similaire dans les procédures intentées au cours de cette période ; il convient de combler les lacunes notables dans la gestion opérée à la Libération du contentieux de la Seconde Guerre mondiale (Chapitre 2). Il est venu le temps des crimes contre l'humanité[681].

681 Par mesure de commodité, on entend ici « crime contre l'humanité » au sens que le droit français contemporain donne à cette catégorie d'infractions, c'est-à-dire intégrant les crimes contre l'humanité *stricto sensu* et le génocide (art. 211-1 et suivants du Code pénal), mais nous reviendrons sur la complexité à définir cette notion dans la Partie II.

CHAPITRE I.

CHANGEMENT D'ÉTAT D'ESPRIT DE LA NOUVELLE GÉNÉRATION

« Si nous osons dire la vérité sur le passé, peut-être oserons-nous dire la vérité sur le présent. »[682]

157. Cette affirmation du réalisateur britannique contemporain Kenneth Loach, connu pour ses œuvres militantes et engagées, aurait pu faire les gros titres des journaux français comme allemands, entre 1965 et 1990.

En effet, la période qui débute au milieu des années 1960 va être marquée par une phase de remise en question des paradigmes historiques jusqu'ici imposés par les autorités. Une nouvelle génération de citoyens, qui n'a pas vécu la Seconde Guerre mondiale et ne connaît les événements qu'au travers des discours officiels, souhaite « lever le voile » sur les heures sombres de l'histoire du continent européen. Les représentations traditionnelles développées depuis la fin du conflit sont contestées. On reproche aux pouvoirs publics d'avoir volontairement minimisé – voire masqué – une partie des événements, et notamment toute la dimension antisémite des exactions commises par les troupes du *Führer*. Sur fond de crise économique et sociale visible partout dans le monde[683] et singulièrement dans les deux Etats qui nous intéressent, les hommes politiques sont poussés à affronter le passé tel qu'il est, et non tel qu'on a voulu qu'il soit, *a posteriori*.

En vingt-cinq ans, on peut constater une réelle prise de distance dans les mentalités comme dans les faits, même si le statut que chacun avait en 1945 pèse encore largement sur les décisions. Un appel à plus de « sang-froid » et de rationalité dans l'étude et le

---

682 Kenneth LOACH, extrait d'un discours prononcé lors du 59ème Festival de Cannes, mai 2006.

683 L'année 1968 a été le théâtre de nombreuses révoltes telles que le « Printemps de Prague » en Tchécoslovaquie, l'occupation des bâtiments universitaires par des étudiants à Rome, les émeutes un peu partout aux Etats-Unis et particulièrement les manifestations pour les droits civiques en Caroline du Sud, le « Lundi de la Matraque » au Canada, ou encore le « Massacre de Tlatelolco » au Mexique. Voir sur le sujet David CAUTE, *1968 dans le monde*, traduit de l'anglais par Yves SARDA, Robert Laffont, 1988, 445p. ; Geneviève DREYFUS-ARMAND et Laurent GERVEREAU (sous la dir.), *Mai 1968 : les mouvements étudiants en France et dans le monde*, Nanterre, Bibliothèque de la documentation internationale contemporaine, 1988, 303p. ; Mark KURLANSKI, *1968, l'année qui ébranla le monde*, traduit de l'américain par Thierry PIELAT, Presses de la cité, 2005, 551p. Pour une présentation très synthétique, voir « Les grands événements de 1968 dans le monde », *La Dépêche*, 18 avril 2008, disponible **[en ligne]** sur www.ladepeche.fr/article/2008/04/18/449591-les-grands-evenements-de-1968-dans-le-monde.html (consulté le 10 avril 2014) ; cartographie des principaux événements et révoltes populaires en 1968-1969 disponible **[en ligne]** sur le site de l'organisation militante Alternative Libertaire, www.alternativelibertaire.org/?Dossier-68-Carte-dans-le-monde (consulté le 10 avril 2014).

traitement du passé traumatique est lancé. Il semble trouver un écho favorable en France, dont le *« miroir »* forgé à la Libération *« se brise »*[684] et permet la mise en lumière des offenses à caractère discriminatoire[685] décidées par Hitler (Section I). En Allemagne fédérale, les revendications sont aussi entendues, ce qui se traduit par une démarche de *« liquidation du passé nazi »*[686] (Section II).

SECTION I.

EN FRANCE : DU « MIROIR BRISE » A LA MISE EN LUMIERE DES OFFENSES A CARACTERE DISCRIMINATOIRE

> « En mai 1968, une « génération » a clamé bruyamment son refus d'une certaine société. Donc, implicitement, celui d'une certaine vision de son histoire. En avril 1969, le Général de Gaulle a fait ses adieux à la scène, cette fois sans espoir de retour. Il laisse la place à son dauphin tranquille, Georges Pompidou. Le temps de l'épopée est révolu. Le 9 novembre 1970, il meurt, abandonnant les Français devant leur album de souvenirs soudain désuet. Trois événements majeurs dans l'histoire de France. Trois dates importantes dans l'évolution des représentations collectives. »[687]

---

684 La locution *« miroir brisé »* est empruntée à Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* Seuil, Coll. Points – Histoire, 1990, p. 118.

685 Sur cette notion d'offenses à caractère discriminatoire, voir Introduction générale §15. Rappelons qu'elle recouvre aussi bien les crimes racistes commis par les troupes d'Hitler que les propos et écrits de réfutation de l'existence et de l'ampleur de ces crimes. A compter du milieu des années 1960, tant la première catégorie d'offenses que la seconde sont mises en évidence dans le paysage politique et juridique français.

686 Expression tirée du titre de l'ouvrage de Gernot ERLER et al., *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 1988, 175p.

687 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 118.

158. Effectivement, à partir du milieu des années 1960, les cartes du « jeu politique et mémoriel » sont totalement redistribuées et le décès du Général de Gaulle est un élément déclencheur de cette « nouvelle donne ». *« Le père est mort, on fait l'inventaire de l'héritage »*[688] et on rouvre des dossiers que d'aucuns ont voulu clore un peu trop tôt. Rapidement, des discussions sont engagées sur les questions jusqu'à présent écartées des discours et pressions politiques. La principale interrogation porte sur l'ampleur des crimes discriminatoires commis par les troupes du III^{ème} *Reich* au cours de la Seconde Guerre mondiale, ce qui n'a rien d'étonnant tant la problématique a été refoulée à la sortie du conflit. Corrélativement, on amorce un débat, que l'on souhaite documenté et rationnel, sur l'étendue de la collaboration de Vichy aux exactions nazies, et particulièrement à la politique antisémite.

La communauté juive va voir, dans cette remise en cause des postulats établis à la Libération, l'opportunité de faire valoir sa mémoire par la parole. Progressivement, se sentant enfin écoutée et considérée par l'opinion publique, elle se fait de plus en plus *« militante »*[689], jusqu'à impulser l'instauration par l'Etat d'un véritable régime *« victimo-mémoriel de la Shoah »*[690].

---

688 François NOURISSIER, « Le cadavre dans le placard », *Le Point*, 11 mars 1974. Dans le même sens, Henry ROUSSO affirme que *« la voix s'est tue et son verbe mythique ne résonne plus dans les mémoires. Le Général avait pratiqué tour à tour l'exorcisme de Vichy et l'histoire sainte et édifiante de la Résistance. Son charisme avait pour un temps empêché les questionnements anxieux ou provocateurs. Mais après sa mort, l'opinion se retrouve devant une image soudain brouillée, incapable de retrouver le fil de son histoire, travaillée par le remords d'être inégale à son rêve héroïque ».* Cf. *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 120.

689 Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, Ed. Perrin, 1995, p. 25.

690 Expression de Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, P.U.F., 2010, p. 69. Elle désigne la politique mémorielle de reconnaissance victimaire de l'Holocauste, sous-tendue par une logique de repentance et une idéologie droit-de-l'hommiste : *« c'est au nom de la violation des droits de l'Homme qu'un hommage est rendu aux victimes de la France »* (p. 71), à ceux qui sont morts *« à cause de la France »* selon les termes de Serge BARCELLINI, « L'Etat républicain, acteur de la mémoire : des morts pour la France aux morts à cause de la France », in Pascal BLANCHARD et Isabelle VEYRAT-MASSON (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, La Découverte, 2008, p. 209.

§ 1. LA RESURGENCE DE LA MEMOIRE JUIVE

159. La mémoire du *« judéocide »*[691] ne réapparaît ostensiblement qu'à compter du milieu de la décennie 1960, et encore plus après le retrait de la vie politique puis la disparition de « l'homme du 18 juin ». Bien sûr, depuis la Libération, la communauté juive marquée par la déportation a entamé une phase de reconstruction de son identité au sein de la société française. D'une part, l'antisémitisme virulent qui l'a frappée dans les années noires n'est plus que l'affaire de quelques cercles d'extrême droite, nostalgiques du pétainisme. D'autre part, la construction du nouvel Etat hébreu en 1948 avec le soutien des gouvernements de la IV^{ème} République a permis une certaine réconciliation des Juifs avec le reste de la nation[692]. Cependant, la représentation faussée de l'histoire donnée par les hautes sphères politiques, réactivée dans le courant des années 1950[693], a engendré le mutisme de toute une génération d'Isréalites. C'est pourquoi, ce n'est qu'à la faveur d'une fragilisation du mythe gaullien de la France triomphante que la communauté juive peut réaliser un réel travail de fond et diffuser sa mémoire auprès de la population.

A. L'EFFRITEMENT DU MYTHE GAULLIEN

160. Alors que le résistancialisme[694] est à son apogée avec l'entrée de Jean Moulin au Panthéon[695], des voix discordantes se font entendre, qui viennent déconstruire le modèle de

---

691 Néologisme créé par l'historien américain Arno Joseph MAYER en 1988, notamment repris dans son ouvrage *La solution finale dans l'Histoire,* traduit de l'anglais par Marie-Gabrielle et Jeannie CARLIER, La Découverte, 1990, 566p. Composé du préfixe *judéo-* et du suffixe *-cide*, sur le modèle de « homicide », il désigne le génocide des Isréalites pendant la Seconde Guerre mondiale et le singularise par rapport à d'autres massacres de nature comparable, qui n'ont pas fait l'objet d'un vocabulaire spécifique.

692 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 157.

693 Dans ses *Mémoires de guerre* (Plon, 1954, trois volumes), Charles DE GAULLE réaffirme son interprétation de la Seconde Guerre mondiale : la nation est à l'origine de son propre salut et l'histoire de France s'est jouée à Londres et à Alger. Son retour au pouvoir en 1958 va favoriser l'imposition de cette vision officielle du passé.

694 A propos de cette notion, §51 et note n° 167.

695 A l'initiative de l'Union des résistants, déportés, internés et des familles des morts du département de l'Hérault, et sur demande du député socialiste de l'Hérault Raoul Bayou, le transfert des cendres de Jean Moulin au Panthéon est décidé par décret présidentiel du 11 décembre 1964. Il se déroule les 18 et 19 décembre selon un protocole extrêmement précis, retransmis à la télévision. Pour une description

l' *« honneur inventé »*[696] après-guerre. Il faut dire que le Parlement est en train de voter l'amnistie des actes les moins graves commis au cours de la décolonisation en Algérie[697], marquant le début de l'oubli – politique et juridique – des séquelles de ce conflit[698]. La « sélection » opérée par les gouvernants parmi les évènements dignes d'être rappelés est évidente. Assurément, elle a pour but de calmer les tensions nées du conflit entre les opposants irréductibles à l'indépendance et les partisans de l'Algérie libre[699], en les

---

des deux journées, Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 103-106. Plus qu'aucune autre cérémonie, ce transfert contient implicitement une démonstration idéologique : *« la Résistance, c'est de Gaulle ; de Gaulle, c'est la France ; donc la Résistance, c'est la France »* (p. 109).

696 François NOURISSIER, « Le cadavre dans le placard », op. cit.

697 Le 23 décembre 1964, est adoptée la loi n° 64-1269 portant amnistie et autorisant la dispense de certaines incapacités et déchéances (*JORF*, 24 décembre 1964, p. 11499). Elle prévoit le bénéfice de l'amnistie pour les auteurs d'infractions commises avant le 20 mars 1962 *« en réplique aux excès de l'insurrection algérienne »* ainsi que ceux, âgés de moins de vingt-un ans au moment des faits, qui sont responsables d'infractions commises avant le 3 juillet 1962 et ont été condamnés définitivement à des peines de maximum cinq ans d'emprisonnement. Elle fait suite aux Accords d'Evian signés entre le gouvernement français et les représentants du Gouvernement provisoire de la République algérienne le 18 mars 1962 et à la promulgation de deux décrets n° 62-327 et n° 62-328 le 22 mars 1962, portant respectivement amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne et amnistie de faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne (*JORF*, 23 mars 1962, p. 3143 et p. 3144). Quelques années plus tard, deux textes législatifs viendront compléter le dispositif en étendant au maximum l'amnistie : la loi n° 66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'Etat ou commises en relation avec les événements d'Algérie et la loi n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie. L'article 1er de cette dernière dispose : *« Sont amnistiées de plein droit toutes infractions commises en relation avec les évènements d'Algérie. Sont réputées commises en relation avec les évènements d'Algérie toutes infractions commises par des militaires servant en Algérie, pendant la période couverte par le 1er alinéa du présent article »*. Cette formulation très large permet une amnistie générale de l'ensemble des actes perpétrés sur le territoire algérien, y compris par l'Organisation de l'armée secrète. Pour une explication des différentes étapes et des conséquences de l'amnistie, Gilles MANCERON, « Mémoire et guerre d'Algérie », in « Dossier : Conflits, mémoires et droit – Regards croisés entre la France et l'Amérique latine », *Revue des Droits de l'Homme* n° 2, décembre 2012, **[en ligne]**. Disponible sur http://revdh.files.wordpress.com/2012/11/dossier-3-mc3a9moire-et-guerre-d_algc3a9rieok1.pdf (consulté le 10 avril 2014).

698 Nous y reviendrons quand nous traiterons la question du champ d'application du crime contre l'humanité, infra §§228-231.

699 Sur les antagonismes nés de la guerre d'Algérie du point de vue de la mémoire nationale, ce que ROUSSO appelle *« le rejeu de la faille »*, voir *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 93-100. Dès 1958, dans les deux camps, on a revendiqué une filiation avec la Résistance. Du côté des adversaires de l'indépendance, outre les pétainistes et néo-fascistes qui nourrissent un esprit de rancune et de revanche, on peut citer Georges Bidault, membre-dirigeant de l'Organisation de l'armée secrète et fondateur en 1962 du Conseil national de la Résistance. Il justifie son choix par l'idée que l'empire était la principale préoccupation du *« gaullisme de guerre »* (p. 97). De l'autre bord, la référence aux années 1940 sert surtout à condamner *« l'objectif suprême : la conquête du pouvoir »* (p. 94). Relevons à cet égard l'initiative symbolique et politique de 121 personnalités françaises qui ont signé le 6 septembre 1960 une « Déclaration sur le droit à l'insoumission dans la guerre d'Algérie », affirmant leur refus de

réunissant de nouveau autour d'un idéal partagé. Mais la démarche est pour le moins paradoxale : *« la nation [accorde] le pardon à certains de ses fils, une nouvelle fois égarés »*[700], en même temps qu'elle affirme haut et fort le souvenir de crimes nazis subis par la France combattante sous l'Occupation.

La vaste révolte spontanée de mai 1968 marque un tournant dans la vision que l'on a des années 1940. Même si la référence au passé n'est pas au centre des revendications, les étudiants fustigent une société qui s'est réfugiée derrière cette conception rassurante de la période sombre. Comme l'explique Henry Rousso, la représentation gaullienne ne les convainc pas *« précisément parce qu'ils sentent qu' [elle] a quelque chose d'inventé »*[701]. Cette image héroïque n'est pas conciliable avec celle du pouvoir en place qu'ils dénoncent. Ainsi, en parallèle des velléités libertaires, de nouvelles interprétations de la période vichyste commencent à se faire jour : le renversement des tendances est amorcé.

161. Les premières « frondes » sont culturelles. Elles sont lancées dès le début des années 1970 dans la littérature[702], l'art et le cinéma. A cet égard, la sortie en 1971 du film-documentaire de Marcel Ophüls *Le Chagrin et la Pitié*[703] est une étape essentielle de la déconstruction du mythe gaullien.

Cette œuvre se démarque des autres productions de l'époque par sa forme et son contenu singulier. D'abord, elle présente de très nombreux témoignages. A part quelques grands noms comme Pierre Mendès-France ou Georges Bidault, la majorité des personnes interrogées sont des anonymes ou des individus connus seulement dans leur localité. Pour

---

prendre les armes contre le peuple algérien. A ce propos, *Le droit à l'insoumission, le dossier des 121*, Ed. Maspéro, 1961, 239p., notamment la reproduction du texte de l'appel pp. 15-20. Pour une analyse, Olivier WIEVIORKA, « Les (non) incidences du procès de Nuremberg : l'affaire des 121 », in Annette WIEVIORKA (sous la dir.), *Les procès de Nuremberg et Tokyo*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1996, pp. 291-306.

700 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 112.

701 Ibidem, p. 119.

702 En particulier l'ouvrage de Robert O. PAXTON, *La France de Vichy 1940-1944*, traduit de l'américain par Claude BERTRAND, Seuil, Coll. Point – Histoire, 1973, 375p.

703 Dit parfois *Le Chagrin*.

la plupart, ce sont des résistants[704] même si certains anciens collaborateurs ont accepté de parler devant la caméra. Les quelques documents d'archives servent à rétablir l'équilibre, puisqu'ils mettent en avant des faits peu glorieux de la période pétainiste. Ensuite, on apprend – ou plutôt, comme le signale Henry Rousso, on *« redécouvre »*[705] – que la puissance allemande n'a pas été omniprésente et omnipotente en France, à tout le moins jusqu'à la fin de l'année 1942. On devine derrière les lapsus et les non-dits que les lois et les actions du régime de Vichy ont été autant conditionnées par l'Occupation que par l'histoire politique du pays. L'antisémitisme d'Etat et l'antisémitisme ordinaire de la population, passés sous silence jusqu'à présent, sont dévoilés[706]. De même, Ophüls démontre habilement que la guerre contre l'ennemi étranger s'est révélée moins traumatique que la guerre franco-française. Enfin, ce qui frappe c'est que la Résistance perd son caractère exclusivement patriotique pour devenir un choix, un engagement, tout comme la Collaboration[707]. Il n'y a pas de « bons » ou de « mauvais » Français mais simplement des individus qui ont pris, en toute conscience, des voies divergentes : résister ou adhérer. Sur ce point, le film frôle d'ailleurs la caricature tant il paraît lacunaire. Il omet des éléments d'une grande importance telles que l'action du Général de Gaulle et la mise en place d'une république clandestine avec ses différentes composantes : un organe exécutif (le G.P.R.F.), un organe législatif (l'Assemblée d'Alger), une branche militaire (l'Armée secrète) et un organe de représentation (le Comité national de la Résistance). Partant, il semble qu'Ophüls ait choisi délibérément d'occulter *« cette vision rassurante (en partie exacte) d'une organisation huilée, d'un autre Etat, qui s'est substitué de fait et dans la mémoire à la légalité illégitime de Vichy »*[708].

---

704 Principalement de gauche, qu'ils soient communistes ou socialistes. Les gaullistes et membres de la France libre sont quasi-absents. Il y a donc une inégalité de représentation des tendances idéologiques au sein de la Résistance.

705 Cf. *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 124.

706 D'aucuns relèvent toutefois un manque de nuance dans les propos du cinéaste qui a tendance à une généralisation de l'antisémitisme à toutes les franges de la population, sans que soient abordées les manifestations de soutien ou de sympathie envers les Juifs persécutés qui ont été constatées notamment dans la zone sud. Ibidem, p. 125.

707 L'un des témoignages les plus forts est très certainement celui de Christian de la Mazière, ancien membre de la division Charlemagne, c'est-à-dire des *Waffen-S.S.* français. Il parle avec sincérité de l'engagement politique et idéologique des collaborateurs, au-delà du seul aspect vénal ou de la turpitude morale.

708 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 127.

162. Bien que les critiques de cette démythification soient pour la plupart élogieuses voire dithyrambiques[709], le film suscite une grande hostilité dans le milieu résistant[710] et conduit à un conflit à la télévision française d'Etat. Alors que *Le Chagrin et la Pitié* est diffusé en Allemagne fédérale, en Suisse, aux Pays-Bas et aux Etats-Unis, l'O.R.T.F.[711], suivant les consignes du gouvernement, refuse sa programmation sur les ondes nationales, dans le but d' *« endiguer la vague déclenchée par ce film hérétique »*[712]. Pendant dix ans, l'Office pratique la *« censure par inertie »* selon les termes mêmes du réalisateur[713], parce que ce film-documentaire *« détruit des mythes dont les Français ont encore besoin »*[714]. C'est donc vers le cinéma que se tourne Ophüls. Dès avril 1971 et pendant 87 semaines, son opus est projeté dans de petites salles parisiennes devant près de 600.000 spectateurs. Il sera de nouveau projeté à la fin des années 70 mais ne recueillera l'intérêt que d'une trentaine de milliers de personnes.

La diffusion de la série américaine *Holocaust* en 1979[715] relance le débat sur une possible programmation, mais la ministre de la Santé de l'époque et ancienne déportée Simone Veil y met son véto : *« dès lors que le Chagrin et la Pitié [est offert] comme une vision globale de la France occupée, c'[est] insupportable (….). Présenter tous les*

---

709 Dans la presse, on a pu lire que ce film constitue un *« acte politique, non pas déprimant, mais purificateur »* (André GISSELBRECHT, *L'Humanité*, 20 septembre 1971), qu'il s'agit d'un *« géant »*, du fait de la masse de documents et de témoignages qu'il rassemble et de son *« exceptionnelle qualité (…) par sa puissance d'impact, sa lucidité décapante »* (Michel CAPDENAC, *Les Lettres Françaises*, 21 avril 1971).

710 Citons par exemple Claude MAURIAC : *« Le cœur n'y est pas. Le nôtre souffre »* (*Le Figaro*, 23 avril 1971) ou encore à ceux de Jean-Paul SARTRE lorsqu'il dénonce *« un film qui ne nous parle ni de la vérité politique ni de la vie concrète (…) qui fait sourire tout le temps [alors que] l'Occupation ne faisait pas tellement sourire »* (*Téléciné*, n° spécial 171-172, juillet 1971, revue de presse, p. 21).

711 L'O.R.T.F., Office de radiodiffusion-télévision française, est un établissement public à caractère industriel et commercial créé en 1964, qui a pour mission la tutelle de la radiodiffusion et de la télévision publique, la gestion des émetteurs et de la production audiovisuelle nationales et régionales.

712 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 130.

713 Cité par Henry ROUSSO, Ibidem, p. 131.

714 Propos de Jean-Jacques Bresson, président-directeur général de l'O.R.T.F., ancien résistant, devant la Commission des Affaires culturelles du Sénat, Idem.

715 Ici encore, les pouvoirs publics se montrent réticents à l'égard de cette fiction réalisée par Marvin CHOMSKY à destination d'un public de masse. Programmée à la télévision américaine en avril 1978, puis rapidement en R.F.A. et dans vingt-huit autres pays, elle soulève de vives polémiques en France et n'est projetée qu'en février 1979. Pour des explications complètes sur les controverses autour de sa diffusion, Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 168-172.

Français comme des salauds, c'[est] du masochisme »[716]. La polémique enfle. Marcel Ophüls fustige une immixtion inique du pouvoir qui détermine ce que la population peut ou ne peut pas voir à la télévision[717]. Finalement, la chaîne FR3 acquiert les droits de diffusion et le propose au public les 28 et 29 octobre 1981. L'audience atteint 15 millions de téléspectateurs, même si des voix discordantes continuent de se faire entendre[718].

163. L'émulation constatée autour du film révèle les difficultés de la transmission du souvenir[719] et un certain fossé entre deux générations. Les critiques les plus farouches sont portées par les personnes qui ont vécu les événements. A l'opposé, ceux nés après la guerre saluent l'œuvre, relais de leurs propres questionnements. Par ailleurs, le succès populaire du *Chagrin* a de réelles conséquences sur les représentations de la période noire. Les témoignagnes et leur mise en scène mettent en exergue la fragilité du discours officiel jusqu'à démanteler, volontairement et consciemment, le mythe résistancialiste. La mémoire d'une nation combattante, patriote et courageuse, cède la place à une vision bien moins glorieuse, voire très sombre, de la période 1940-1945. Mais est-elle plus réaliste ? Pour Henry Rousso, rien n'est moins sûr. Il semble qu'on *« [remplace] une légende par une autre »*, ce que l'auteur explicite en disant : *« à l'image d'une France unanime dans la Résistance, s'est substituée (...) l'image d'une France tout aussi unanime dans la lâcheté »*[720].

Le film de Marcel Ophüls n'est cependant pas le seul « scandale » des années 1970. Il n'est que la première étape d'un phénomène plus large de déconstruction, qui se déplace sur le terrain juridique avec l'affaire Touvier.

---

716 Interview de Simone VEIL sur Europe 1, repris par *Le Monde*, 30 octobre 1981.

717 Propos rapportés par Danièle HEYMANN, *L'Express*, 28 août 1981.

718 Notamment Simone VEIL, qui continue de clamer que ce film « *montre une France lâche, égoïste, méchante »* et qu'il *« noircit terriblement la situation »*. Cf. Ibidem.

719 Henry ROUSSO parle de *« tension structurelle »* : *« la transmission d'un passé aussi conflictuel relève d'une alchimie dont personne, ni les acteurs, ni les historiens, ni les cinéastes, ne possède le secret. Pas plus qu'ils n'en possèdent l'exclusivité. Elle est partielle, partiale, et ne peut en aucun cas servir de ciment unitaire, sauf à réécrire entièrement une histoire sur mesure »*. Cf. *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 136.

720 Ibidem, p. 133.

164. Au sortir de la guerre, Paul Touvier, ancien haut responsable de la Milice, connu notamment pour avoir fait assassiner le fondateur de la Ligue des droits de l'Homme Victor Basch, est en fuite. Reconnu coupable de trahison en septembre 1946[721] et d'intelligence avec l'ennemi en mars 1947[722], il est condamné à mort par contumace. Bien qu'arrêté en juillet 1947 à Paris, il profite d'un défaut de surveillance des policiers qui l'encadrent pour s'évader. Sa cavale et des *« complicités occultes »*[723] lui permettent d'échapper à la répression jusqu'à pouvoir bénéficier de la prescription de ses condamnations dès 1967. Néanmoins, il reste sous le coup d'une interdiction de séjour à vie dans plusieurs départements du sud-est de la France et demeure dans l'impossibilité de jouir de son patrimoine qui a été confisqué. Il se lance alors dans un véritable « combat », soutenu par ses relations ecclésiastiques, pour obtenir une grâce présidentielle de Georges Pompidou. C'est chose faite le 23 novembre 1971 dans la plus grande clandestinité. Promulguée contre l'avis de la Cour de sûreté de l'Etat et du Garde des Sceaux, cette mesure aurait dû rester la plus discrète possible. Mais en même temps, elle devait être communiquée aux autorités de police et de gendarmerie du pays. Dans ces conditions, la confidentialité ne peut être gardée. En fin de compte, elle est rendue publique par la presse dans le courant de l'année 1972[724].

Cette grâce présidentielle déclenche un vent de tempête dans l'opinion, qui perdure pendant plusieurs mois[725]. Les réactions sont vives, notamment chez les résistants. Des manifestations sont organisées un peu partout dans le pays. Personne ne comprend cette attitude on ne peut plus clémente, alors que le gouvernement se veut ferme à l'égard d'un autre criminel, Klaus Barbie : *« nous ne pouvons qu'être unanimes dans la rage qui nous*

---

721 Cour de Justice de Lyon, 10 septembre 1946.

722 Cour de Justice de Chambéry, 4 mars 1947.

723 Expression de Michel MASSE, « L'affaire Touvier : l'échappée belle », *R.S.C.*, 1993, p. 372. Pour une présentation des soutiens reçus par Paul Touvier : Laurent GREILSAMER et Daniel SCHNEIDERMANN, *Un certain Monsieur Paul*, Fayard, 1994, 272p. ; René REMOND (sous la dir.), *Touvier et l'Eglise, rapport de la Commission historique instituée par le cardinal Decourtray*, Fayard, Coll. Pour une histoire du XX^{ème} siècle, 1992, 418p.

724 Article signé par le journaliste Jacques DEROGY qui a longtemps traqué le fugitif, *L'Express,* 5 juin 1972.

725 Selon Jacques CHAMBAZ et Dominique JAMET, la campagne de presse qui commence est l'une des plus spectaculaires depuis les années 1950 : 350 articles pour le mois de juin, 2000 pour l'année 1972, 5000 jusqu'en 1976 (*Le Quotidien de Paris*, 22 août 1980).

saisit en voyant parader encore cet abject personnage »[726]. Comment justifier une telle contradiction ? Pour tenter de se dédouaner, Georges Pompidou convoque une conférence de presse en septembre 1972. Il indique d'abord que la grâce ne touche que les peines secondaires sans supprimer la « mort civile » dont est frappé Touvier. Autrement dit, cette mesure n'a rien d'absolutoire, rien ne justifie de revenir dessus. Allant plus loin que cette première explication juridique, il affirme ensuite : *« le moment n'est-il pas venu de jeter le voile, d'oublier ces temps où les Français ne s'aimaient pas, s'entre-déchiraient et même s'entre-tuaient, et je ne dis pas cela (…) par calcul politique, je le dis par respect de la France »*[727]. Il ajoute que cette grâce s'inscrit dans la droite ligne de celles pratiquées par son prédécesseur le Général de Gaulle. Cependant, cette théorie du « geste humaniste » ne convainc pas. Plus encore, elle se heurte de plein fouet au réveil des consciences activé par *le Chagrin et la Pitié*. Comment peut-il vouloir *« taire d'un seul geste, furtif ou symbolique, les questionnements et les doutes des nouvelles générations »*[728] ? Les attentes de la population ont changé : *« la réconciliation de Pompidou arrive à contre-courant (…) »*[729].

165. Le « miroir » est définitivement « brisé ». A la suite de cette affaire, les plaintes contre Paul Touvier pour crimes contre l'humanité, infractions imprescriptibles depuis 1964[730], se multiplient. Des associations de résistants se constituent parties civiles et elles ne sont pas les seules. La communauté israélite se fait désormais entendre. La voie est libre pour un nouveau débat.

---

726 Propos de Jean DE LIPKOWSKI, secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères, rapportés par Louis-Martin CHAUFFIER, *Le Figaro*, 17-18 juin 1972.

727 Georges POMPIDOU, *Entretiens et discours*, Flammarion, 1984, pp. 157-158.

728 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 147.

729 Ibidem.

730 Nous y reviendrons longuement dans le chapitre suivant.

B. LE TRAVAIL DE MEMOIRE DE LA COMMUNAUTE JUIVE

166. Les Juifs de France, principalement par la voie des associations de victimes ou descendants de victimes, vont débuter un travail de fond sur les événements de la Seconde Guerre mondiale. L'effritement du mythe gaullien permet en effet qu'ils s'expriment sans risque d'être « étouffés » par le discours d'Etat. Les interrogations de la jeune génération leur donnent l'occasion de parler et l'espoir d'être entendus. Mais, concrètement, quels sont les facteurs déclencheurs de la libération de cette parole juive ? Les historiens mettent plusieurs éléments en évidence, dont deux nous paraîssent particulièrement significatifs : l'intervention française dans le cadre du conflit israélo-palestinien et les nouvelles « poussées antisémites » qui agitent le pays depuis les années 1950.

167. A la suite d'un blocus organisé en mai 1967 par l'Egypte dans le détroit de Tiran qui donne accès au port israélien d'Eilat, l'Etat hébreu déclenche ce que l'on appellera plus tard la « Guerre des Six Jours »[731] contre l'Egypte, la Jordanie et la Syrie. S'estimant menacé par la nouvelle Organisation de libération de la Palestine créée en 1964 et dirigée par Yasser Arafat, le ministre de la Défense Moshé Dayan lance une attaque préventive, aérienne et terreste, le 5 juin contre ses voisins. Le soir de la première journée de guerre, la moitié de l'aviation arabe est détruite ; le soir du sixième jour, les armées égyptiennes, syriennes et jordaniennes sont totalement défaites. Israël triple sa superficie, en récupérant la bande de Gaza, la péninsule du Sinaï, le plateau du Golan, la Cisjordanie et Jérusalem-est.

Dans cet épisode du conflit israélo-palestinien, et malgré une sympathie toujours affirmée pour l'Etat hébreu, le gouvernement français adopte une position plutôt favorable à ses adversaires. D'une part, à compter du 2 juin, il suspend les livraisons d'armes à destination de huit pays de la région, dont Israël. D'autre part, après le cessez-le-feu du 10 juin, le Général de Gaulle, encore au pouvoir, condamne fermement l'initiative militaire israélienne. Quelques mois plus tard, il affirme : *« Certains mêmes redoutaient que les*

---

731 Sur ce point, voir notamment les écrits de Pierre RAZOUX, *La Guerre des Six Jours (5-10 juin 1967). Du mythe à la réalité*, Economica, 2004, 314p. Pour une analyse de l'implication de la France dans ce conflit, voir Christophe REVEILLARD, « Le Général de Gaulle et la guerre des Six Jours », in Jean-Paul BLED, *Le Général de Gaulle et le monde arabe*, Beyrouth, Editions Dar An-Nahar, 2009, pp. 225-237.

Juifs, jusqu'alors dispersés, qui étaient restés ce qu'ils avaient été de tout temps, un peuple d'élite, sûr de lui-même et dominateur, n'en viennent, une fois rassemblés sur le site de leur ancienne grandeur, à changer en ambition ardente et conquérante les souhaits très émouvants qu'ils formaient depuis dix-neuf siècles »[732]. Cette phrase provoque l'indignation de l'ensemble de l'opinion publique satisfaite, d'après les sondages, de la victoire d'Israël[733]. Combinée au revirement de la diplomatie française, elle plonge surtout la communauté juive dans une grande inquiétude, convaincue que les vieux démons réapparaissent : *« le Général de Gaulle a, sciemment, volontairement, ouvert une nouvelle période de l'histoire juive et peut-être de l'antisémitisme. Tout redevient possible. Tout recommence. Pas question, certes, de persécution : seulement de « malveillance ». Pas le temps du mépris, le temps du soupçon »*[734]. Ces craintes ne sont d'ailleurs pas totalement infondées. Preuve en est le soutien apporté au chef de l'Etat par le premier Commissaire aux questions juives Xavier Vallat[735], qui eut pour mission de faire appliquer les lois discriminatoires sous le régime de Vichy.

168. S'il est vrai que l'antisémitisme observé pendant la Seconde Guerre mondiale, virulent et populiste, nationaliste ou religieux, a fortement décliné[736], on voit par contre émerger depuis le milieu des années 1950 une nouvelle forme d'antisémitisme plus idéologique et certainement plus équivoque[737] : l'antisionisme[738].

---

732 Transcription d'une conférence de presse qui s'est tenue en novembre 1967, in Charles DE GAULLE, *Discours et messages,* Tome V – Vers le terme, 1966-1969, Plon, 1970, p. 232.

733 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 159.

734 Raymond ARON, *De Gaulle, Israël et les Juifs*, Plon, 1968, p. 18.

735 Dont les propos sont reproduits dans l'hebdomadaire *Aspects de la France*, paru le 8 décembre 1967, et repris par Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 160-161.

736 Mais pas complètement disparu. En témoigne l'attentat antisémite à la bombe perpétré contre la synagogue de la rue Copernic à Paris le 3 octobre 1980, alors qu'était célébrée la fête juive de *Sim'hat Torah* amenant un grand nombre de fidèles, qui a fait quatre morts et une quarantaine de blessés.

737 Et même *« plus pernicieux »* selon ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 157.

738 Le terme antisionisme trouve son origine dans le mot « Sion », en hébreux *sioun*, dont la traduction littérale est « lieu élevé », « monument servant à conserver la mémoire des morts ». Géographiquement, le Mont Sion est l'une des collines sur laquelle est bâtie Jérusalem, au sud-ouest de la vieille ville. Par extension, on parle de Sion pour désigner l'ensemble de la Judée (voir Geoffrey WIGODER (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique du judaïsme*, Ed. du Cerf, Coll. Bouquins, 1996, « Sion »). On trouve également de nombreuses références à la « Fille de Sion » dans la bible hébraïque,

Ce terme désigne initialement le refus du projet d'instauration d'un foyer national juif en Palestine. Par extension, il recouvre également l'opposition à certaines politiques de l'État israélien[739] voire, dans sa forme la plus extrême, l'hostilité à son existence même[740]. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'antisionisme n'est pas à l'époque l'apanage des seuls mouvements poujadistes et d'extrême droite. Les communistes, et à leur suite les socialistes, en sont aussi *« les hérauts »*[741]. L'intervention militaire franco-britannique sur le canal de Suez à l'automne 1956, en appui d'Israël[742], est sur ce point symptomatique. Si elle trouve ses origines dans l'évolution de la décolonisation en Algérie[743], elle démontre bien un déplacement de la question juive de la droite vers la gauche. Après les déboires indochinois, l'opinion publique, l'armée et les hommes politiques de droite saluent l'action du gouvernement. D'ailleurs, ce dernier obtient la confiance du Parlement le 30 octobre, avant d'entamer une vague de bombardements sur la zone. Néanmoins, le parti communiste et une frange « intellectuelle » de la gauche socialiste, traditionnellement bienveillants envers l'Etat juif, ne voient pas les événements d'un bon œil[744]. Ils considérent qu'en attaquant le canal de Suez et, par ce biais, l'Egypte, Israël se fait *« allié du colonialisme »*[745].

---

le *Tanakh*, pour personnifier à la fois Jérusalem et sa population, voire l'ensemble du peuple d'Israël (André-Marie GERARD, *Dictionnaire de la Bible*, Robert Laffont, Coll. Bouquins, 1989, « Fille de Sion »). On retrouve cette même expression dans le christianisme pour caractériser l'Eglise fiancée du Christ, dans la tradition de Saint Paul, ou Marie mère de Jésus, dans l'évangile de Saint Luc.

739 Cf. http://www.le-dictionnaire.com

740 Cf. *Dictionnaire Larousse*, « Antisionnisme ».

741 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 157.

742 Gamal Abdel Nasser, arrivé au pouvoir en Egypte, a obtenu le retrait des troupes britanniques dans cette zone en 1954. Les Etats-Unis lui ayant refusé leur aide pour construire un nouveau barrage à Assouan, il a décidé de nationaliser la Compagnie universelle du canal maritime de Suez, qui était jusqu'à présent la propriété des Français et des Britanniques. Cette décision brutale entraîne une réaction immédiate de la Grande-Bretagne qui y voit une menace pour l'économie et le commerce, rapidement soutenue par son allié d'outre-Manche. Alors que les Etats-Unis restent en retrait, des représentants des deux Etats européens rencontrent des représentants israéliens à Sèvres et mettent sur pied un plan d'attaque. Il est convenu qu'Israël, déjà en conflit avec les troupes égyptiennes au niveau de ses frontières, envahira le pays par le Sinaï. Les deux autres interviendront ensuite, en cas de refus de Nasser de baisser les armes, pour protéger le canal.

743 Le président égyptien Nasser apporte son concours aux nationalistes algériens, ce que la France ne peut tolérer.

744 Quoique l'opposition soit assez « molle » puisque les socialistes ont voté la confiance au gouvernement français et que les communistes se sont simplement abstenus.

745 Michel WINOCK, *Edouard Drumont et Cie. Antisémitisme et fascisme en France*, Seuil, 1982, p. 107.

169. En résumé, la communauté israélite de France se trouve face à une situation inconfortable mais qui va paradoxalement souder ses membres. La Guerre des Six Jours marque une véritable rupture dans les relations entre les autorités françaises et les Juifs qui résident sur le territoire national. Dans le même temps, les orientations prises par l'Etat hébreu ne recueillent pas l'unanimité. Finalement, l'antisionisme qui progresse présente deux dimensions : l'une officielle, tenant à l'engagement en faveur de la décolonisation, et l'autre officieuse, en tant qu'*« alibi idéologique »* pour ceux qui n'ont pas totalement abandonné les *« vieux réflexes »*[746] de l'Occupation. Les Isréalites ont le sentiment d'être à nouveau catalogués comme « Juifs français » et non plus comme « Français juifs ». Se met donc en place un véritable *« processus de cohésion interne »*[747] qui trouve son point d'ancrage dans le travail de mémoire.

170. Ce processus passe – nécessairement et en premier lieu – par une phase de questionnements sur les réactions de certains Juifs face aux persécutions nazies. Les premières polémiques sur le sujet débutent en 1966, après la publication de *Treblinka*[748] par l'écrivain juif Jean-François Steiner. Cet ouvrage pose une interrogation majeure : pourquoi les Juifs ne se sont-ils pas révoltés alors qu'on les menait à l'abattoir ?[749] L'auteur soulève, sans nuance et avec un manque de précaution notable, deux problématiques jusqu'ici occultées : l'existence et l'étendue des résistances juives, et le rôle des conseils juifs[750] comme relais des directives nazies. L'extrême droite nostalgique du pétainisme ne manque pas de s'emparer du texte pour fustiger les « Juifs

---

746 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 158.

747 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires – Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 82.

748 Jean-François STEINER, *Treblinka – La révolte d'un camp d'extermination*, Fayard, 1966, 394p.

749 Question explicitement formulée par Simone DE BEAUVOIR dans sa préface du livre, qui résume la pensée de l'auteur.

750 Notamment les *Judenräte*, corps administratifs formés dans les ghettos juifs sous l'ordre des autorités national-socialistes, déjà stigmatisés par Hannah ARENDT dans *Eichmann à Jérusalem – Rapport sur la banalité du mal* (Gallimard, Coll. Folio – Histoire, 1997, p. 239) : *« Partout où les Juifs vivaient, il y avait des dirigeants juifs, reconnus comme tels, et cette direction, presque sans exception, a coopéré, d'une façon ou d'une autre, pour une raison ou une autre, avec les nazis »*. En France, on y assimile l'U.G.I.F., Union générale des Israélites de France, instaurée par Vichy sur demande de l'Allemagne par la loi du 29 novembre 1941 (*JORF*, 2 décembre 1941, p. 5181 ; pour une présentation de cette loi, André KASPI, *Les juifs sous l'Occupation*, Seuil, 1991, pp. 102-103).

collaborateurs », ce qui soulève une vive émotion dans l'opinion[751]. Les représentants israélites refusent l'idée sous-tendue de victime consentante et sont embarassés par les concepts de résistance et collaboration juives, pourtant indéniables. Le scandale est réactivé en 1980 avec la publication d'une enquête de Maurice Rajsfus, fils de déportés juifs : *Des Juifs dans la Collaboration. L'UGIF, 1941-1944*[752]. Est-ce, comme certains le dénoncent, une entreprise de division[753] ? Quel que soit le but escompté, la « machine » est lancée[754] et elle traduit toute la difficulté de parler en interne, dans les milieux isréalites, d'une réalité historique complexe.

171. Cela n'a pas empêché les instances officielles juives de prendre progressivement de l'importance dans le débat public, alors que la diplomatie française s'engage clairement au côté du camp arabe. A cet égard, le Conseil représentatif des institutions juives de France (C.R.I.F.)[755] adopte et rend publique sa Charte[756] en janvier 1977, qui affirme sans ambigüité ses positions : soutien inconditionnel à Israël, volonté de renforcer la solidarité

---

751 Paradoxalement, l'ouvrage a tout de même obtenu le grand prix de la Résistance en 1966, comme le souligne Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 190.

752 Maurice RAJSFUS, *Des Juifs dans la Collaboration. L'UGIF, 1941-1944*, Etudes et Documentation internationales, 1980, 403p.

753 Henry ROUSSO rapporte les propos de Gérard MICHEL, membre du Conseil du consistoire central de France : *« Après les tentatives de séparation entre ashkénazes et sépharades, voici les tentatives de division entre la communauté et ses dirigeants »*. Cf. *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 192.

754 Plusieurs écrits ont été publiés dans les années 1980 à ce sujet. Pour des exemples, *Les Juifs dans la Résistance et la Libération – Histoire, témoignages, débats*, textes réunis et présentés par le R.H.I.C.O.J., Ed. du Scribe, 1985, 208p. ; Lucien LAZARE, *La résistance juive en France*, Stock, 1987, 424p. ; Claude LEVY, « La résistance juive en France. De l'enjeu de mémoire à l'histoire critique », *Vingtième siècle – Revue d'Histoire* n° 22, avril-juin 1989, pp. 117-128.

755 Cet organisme, initialement dénommé Conseil représentatif des israélites de France, a été créé en 1944. Il réunit la plupart des divers mouvements activistes juifs athées de l'époque (communistes, Bundistes et sionistes), avec la participation du Consistoire israélite de France, instance religieuse historique officielle du judaïsme français. Par conséquent, le C.R.I.F. s'est donné pour tâche de représenter et défendre l'ensemble des tendances de la communauté juive en France. Son objectif premier est le sauvetage des Juifs réfugiés en France. Pour deux analyses récentes du rôle et de l'action de cet organisme : Anne KLING, *Le CRIF : un lobby au cœur de la République*, Strasbourg, Ed. Mithra, 2011, 293p. ; Samuel GHILES-MEILHAC, *Le CRIF. De la Résistance juive à la tentation du lobby. De 1943 à nos jours*, Robert Laffont, Coll. Le monde comme il va, 2011, 353p.

756 Le texte de la Charte est disponible dans l'ouvrage d'Annie KRIEGEL, *Réflexion sur les questions juives*, Hachette, Coll. Pluriel, 1984, p. 109 et suivantes.

entre les différentes tendances juives, défense des droits de l'Homme et lutte contre toutes les formes de racisme. Surtout, le C.R.I.F. revendique que soit reconnue la présence du judaïsme en France, en tant que culture et religion, et que soit enseignée, dans le cadre de l'Education nationale, son histoire, singulièrement celle de l'Holocauste. En ce sens, cette structure se fait *« entrepreneur de mémoire »*[757].

Dans le même temps, à la suite des réflexions menées aux Etats-Unis[758] et sous l'influence d'une petite élite intellectuelle, émerge peu à peu l'idée selon laquelle la honte et la culpabilité que ressentent les survivants et descendants de la Shoah depuis la Libération n'ont plus lieu d'être. Au-delà, les victimes méritent d'être reconnues par les autorités nationales et cette reconnaissance de leurs souffrances doit être à la hauteur des crimes qu'elles ont subis. Se produit donc un *« changement radical de référentiel »*, une *« inversion du stigmate en valorisation »*, qui ouvre la voie à des *« demandes inédites »*[759]. De nombreuses associations de victimes et/ou déportés[760] mettent en avant le désir de voir succéder à l'oubli *« le temps du souvenir »*, pour permettre une *« transmission sereine et lucide du passé »*[761]. Elles deviennent un *« vecteur du souvenir »*[762], portant les revendications de toute une partie de la société française, unie par ce que l'on pourrait qualifier de « réflexe identitaire » après des années de silence.

---

757 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op.cit., p. 83.

758 Le Symposium annuel de la revue *Judaism,* qui s'est tenu à New-York en 1967, a réuni quatre historiens dont Elie Wiesel. Une réflexion sur la spécificité de l'histoire juive et sur l'interprétation de la Shoah à partir de la philosophie juive y a été menée (pour des explications détaillées, Jean-Michel CHAUMONT, *La concurrence des victimes : Génocide, identité, reconnaissance*, La Découverte/Poche, Coll. Sciences humaines et sociales, 2202, pp. 99-105), qui a abouti à la conclusion que *« la victime peut légitimement revendiquer estime et reconnaissance du fait qu'elle a été humiliée ou assassinée pour ce qu'elle est »*. Cf. Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op.cit., p. 77.

759 Ibidem, p. 78.

760 Telle l'association les Fils et filles de déportés juifs de France créée en 1979, particulièrement active dans le cadre des procès tardifs que nous aborderons dans le chapitre suivant, notamment par les voix de ses fondateurs et présidents Serge et Beate Klarsfeld.

761 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 162.

762 Ibidem, p. 251. L'historien parle de « vecteur associatif » pour désigner les groupes constitués *« dont la fonction est d'organiser et d'unifier un souvenir partiel, lié à l'expérience spécifique vécue »* (p. 253).

172. Les survivants de la Shoah et leurs descendants demandent avant tout une place particulière dans le dispositif de mémoire, preuve de la singularité du mal qui les a frappés. Ils souhaitent être honorés officiellement en tant que groupe victimaire[763] et requièrent de la visibilité dans l'espace public. Cette pression est d'une telle ampleur que les instances gouvernementales ne peuvent y être insensibles. Elles vont y donner suite par la mise en place d'une politique mémorielle spéciale.

§ 2. LE REGIME « VICTIMO-MEMORIEL DE LA SHOAH »

173. A partir des années 1970, parce qu'ils sont *« confrontés à des demandes sociales inédites, les pouvoirs publics sont amenés à modifier le régime et les objectifs des politiques mémorielles : la reconnaissance des victimes de l'histoire nationale semble désormais primer sur la recherche de l'unité nationale »*[764]. Concrètement, cela se traduit par l'instauration des premières formes de protection de la mémoire des martyrs de la Shoah. Mais cette prise de position juridique ne suffit pas ; elle doit s'accompagner d'efforts sur le terrain de la recherche historiographique et dans les discours politiques.

A. LES PREMISSES DE LA PROTECTION DE LA MEMOIRE DES VICTIMES

174. Signataire en 1971 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale[765], la France se doit, pour respecter son engagement, d'établir une législation permettant une répression effective des actes racistes. Les premiers pas en ce sens sont faits l'année suivante, avec l'adoption d'un premier texte en vue de sauvegarder la mémoire des victimes du génocide et des persécutions racistes.

---

763 Et non plus, comme c'était le cas à la Libération à l'égard des combattants, en tant que victimes qui sont aussi des héros (voir supra §49 et suivants).

764 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op.cit., p. 70. Rappelons que c'est à cet auteur que nous empruntons l'expression *« régime victimo-mémoriel de la Shoah »*.

765 Adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, ouverte à la signature des Etats le 7 mars 1966 et ratifiée par la France par la loi n° 71-392 du 28 mai 1971 (*JORF*, 29 mai 1971, p. 5211).

Il faut dire que cette mémoire a été pour le moins malmenée dès la fin des années 1940. D'une part, elle a été totalement ignorée par les hommes politiques à la Libération. D'autre part, c'est à cette période que l'on a pu lire les premiers écrits de réfutation des crimes discriminatoires commis par Hitler et ses troupes. Nous pensons notamment à l'ouvrage de Maurice Bardèche, *Nuremberg ou la terre promise*, paru en octobre 1948[766]. L'auteur y met en doute l'existence et l'ampleur de l'Holocauste et affirme que *« la solution du problème juif (...) consistait uniquement en un rassemblement de Juifs dans une zone territoriale (...) sorte de ghetto européen (...) à l'est »*[767]. Le peuple français est, à ses yeux, victime de propagande. Pour ces propos, rappelons que Bardèche a été condamné par la justice française mais pour la seule infraction d'apologie de crimes de guerre[768]. En d'autres termes, ce n'est pas la mémoire des victimes qui a été protégée par le recours à la sanction pénale.

Maintenant que la mémoire juive a refait surface, il n'est plus tolérable que la haine sous-tendue par de tels discours ne fasse l'objet d'aucune pénalisation spécifique. C'est pourquoi, après le dépôt de nombreuses propositions[769], la loi n° 72-546 relative à la lutte contre le racisme dite « loi Pleven » est votée à l'unanimité, puis promulguée le 1er juillet 1972[770].

---

766 Maurice BARDECHE, *Nuremberg ou la terre promise*, Ed. Les Sept Couleurs, 1948, 270p., déjà évoqué précédemment note n° 249.

767 Idem, p. 193.

768 Affaire précédemment étudiée (§55).

769 Notamment Gaston Defferre en 1963 et 1967, ou encore Robert Ballanger, Maurice Andrieux, Achille Fould et Edouard Charret en 1968. Le gouvernement s'opposait systématiquement à toute initiative, estimant inutile un nouveau texte pour appliquer la Convention internationale. Finalement, en 1972, le Garde des Sceaux René Pleven se range à l'avis des parlementaires : *« La France a trop souffert, aux jours sombres de l'Occupation, des théories et des pratiques racistes, pour qu'un débat sur un tel thème puisse être, dans cette Assemblée, un débat partisan. »* (Extraits de la présentation du texte à l'Assemblée nationale, retranscrits par Pascal COBERT, « Le droit français contre le racisme », article disponible **[en ligne]** sur http://scp.cobert.degardin.free.fr/Racisme/Contre%20racisme%20francais.pdf (consulté le 27 mars 2014), pp. 3-4).

770 *JORF*, 2 juillet 1972, p. 6803. Ce texte met fin au décret-loi du 21 avril 1939 appelé couramment « loi Marchandeau » qui sanctionnait les diffamations visant certaines personnes en raison de leur origine, race ou religion, quand elles avaient pour but *« d'exciter à la haine entre les citoyens ou habitants »*. Ce décret-loi, abrogé sous Vichy, avait été rétabli par une ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine (*JO* (Alger), 10 août 1944, p. 688) mais il était de faible portée, restreint à la diffamation sous-tendue par une intention bien particulière. De plus, les poursuites étaient enserrées dans des contraintes procédurales fortes. Sur ce point, Ibidem, p. 3.

175. Ce texte est salué par tous et notamment par les associations de lutte contre le racisme et les associations de victimes. Il permet de réprimer les actes de discrimination, incriminés aux articles 187-1, 416 et 416-1 du Code pénal. De plus, il insère dans la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 les infractions de diffamation (article 32 al. 2) et injure (article 33 al. 2) raciales, et de provocation à la haine raciale (article 24 al. 6). Cette dernière est singulièrement définie et punie comme suit :

> « Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 2.000 à 300.000 francs[771] ou de l'une de ces deux peines seulement. »

Ainsi, pour pouvoir poursuivre et condamner un individu sur ce fondement, plusieurs éléments doivent être rapportés[772]. L'infraction suppose d'abord une certaine publicité et ne peut être constituée en privé. En plus d'une certaine médisance dans le discours ou le texte litigieux, doit aussi être établie l'existence d'une « provocation »[773]. Cette dernière s'entend de la mise en cause d'une personne seule ou d'un groupe de personnes, à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance ethnique, nationale, raciale ou religieuse[774]. Au surplus, les termes employés doivent être sans équivoque sur le but recherché : créer, dans l'esprit de celui qui le lit ou l'écoute, un *« choc incitatif à la discrimination, à la haine ou à la violence »*[775].

Notons que la loi Pleven vient aussi compléter la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées[776]. Désormais, le Président de la République peut

---

771 Aujourd'hui 45.000 euros d'amende.

772 Sur les éléments constitutifs de l'infraction et l'interprétation qui en est donnée par les juridictions, Jean-Marie GONNARD, « Presse – Provocation aux crimes et aux délits », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, fascicule 70, mars 1998, pp. 13-16.

773 C'est ce qui distingue l'infraction de l'article 24 al. 6 de la diffamation raciale selon la Cour de cassation (Cass. crim., 28 juin 1983, n° 82-92.904, *Bull. crim*., n° 202, p. 518 ; *Gaz. Pal.*, 1985, II, p. 707).

774 La jurisprudence a précisé qu'il ne suffit pas que soit visée une catégorie générale de personnes, comme « les étrangers » (Cass. crim., 12 avril 1976, n° 74-92.515, *Bull. crim*., n° 112, p. 273).

775 Jean-Marie GONNARD, « Presse – Provocation aux crimes et aux délits », op. cit., p. 14.

776 *JORF*, 12 janvier 1936, p. 522.

prononcer, par décret pris en Conseil des ministres, la dissolution des organisations qui provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence ou qui propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, haine ou violence.

176. On le voit, ces nouvelles dispositions permettent d'envisager la répression de certaines atteintes à la mémoire des victimes de la Seconde Guerre mondiale, particulièrement les propos de négation à l'égard de la communauté juive, lorsqu'ils visent à stigmatiser ce groupe et à susciter à son encontre méfiance et animosité. C'est une avancée indéniable. Pour autant, elle n'est ni suffisante ni dissuasive comme le prouve la recrudescence des discours antisémites dès la fin de la décennie 1970. L'affaire Darquier de Pellepoix, qui a secoué la France à compter d'octobre 1978, en est une illustration.

177. Le 28 octobre 1978, *L'Express* fait paraître un article retentissant, intitulé « A Auschwitz, on n'a gazé que les poux ». Il s'agit d'une interview de Louis Darquier, dit « de Pellepoix », successeur de Xavier Vallat au Commissariat général aux questions juives de mai 1942 à février 1944[777]. Nazi et antisémite forcéné, *« il a incarné les aspects les plus violents, les plus irrationnels et les plus sinistres de la politique antijuive de Vichy »*[778]. Après avoir été condamné à mort par contumace en décembre 1947[779], il a trouvé un exil tranquille en Espagne[780]. Il profite donc de l'occasion qui lui est donnée pour déverser des propos choquants et haineux, en toute impunité. Il nie l'existence de la Solution finale et le nombre avancé de victimes, estimant qu'il s'agit d'inventions juives. Il affirme aussi que les persécutions ont été l'affaire majoritaire de Français comme René Bousquet, qu'il accuse nommément d'être à l'origine de la Rafle du Vel d'Hiv. Le tout est énoncé avec la

---

777 Ce n'est pas la première fois qu'on entend parler de lui dans la presse. Ses fonctions et responsabilités ont été décrites dans les colonnes de *L'Express* par le passé (François REVEL, article publié 8 mai 1967 ; Jacques DEROGY, article publié le 14 février 1972). Certains écrits lui ont également été consacrés en littérature, notamment Joseph BILLIG, *Le Commissariat général aux questions juives*, Centre de documentation juive contemporaine, 1955-1960, 3 volumes.

778 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 163.

779 Haute Cour de Justice, 9 décembre 1947, pour intelligence avec l'ennemi.

780 Aucune demande d'extradition n'a été formulée à son encontre.

force tranquille d'un homme qui n'a pas été inquiété depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Ses allégations ne manquent pas de susciter une vague de consternation dans l'opinion publique. Le C.R.I.F. dénonce la tentative de Darquier *« d'assassiner jusqu'à la mémoire des victimes »*. Le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (M.R.A.P.) réprouve une *« évocation partielle ou partiale »* du génocide. Les déportés s'insurgent contre l'insulte faite à la mémoire de leurs frères défunts[781]. On accable même *L'Express* qui n'aurait jamais dû procéder à une telle publication[782]. De nombreuses associations[783] et d'autres entités[784] réclament l'extradition de l'ancien collaborateur ou, *a minima*, son inculpation pour provocation à la haine raciale. Sur leur impulsion, le Garde des Sceaux fait ouvrir une instruction. Mais l'affaire ne donnera lieu à aucun procès et, *a fortiori*, à aucune condamnation, pour cause de décès de Darquier en 1980.

178. Quelques jours après la parution du *« délire antisémite »*[785] de Darquier de Pellepoix, le journal *Le Matin de Paris* publie un bref extrait d'une lettre de Robert Faurisson[786] : *« J'espère que certains des propos que le journaliste Philippe Ganier Raymond vient de prêter à Louis Darquier de Pellepoix amèneront enfin le grand public à découvrir que les prétendus massacres en « chambres à gaz », et le prétendu « génocide » sont un seul et même mensonge »*[787]. Puis, fin décembre 1978, une tribune du même acabit

---

781 Propos rapportés par Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 166.

782 Notamment la majorité parlementaire de droite et le gouvernement de Valérie Giscard d'Estaing, qui accuse le journal de *« favoriser subrepticement la réhabilitation de crimes abominables »*. En revanche, Simone Veil estime que l'article arrive comme un *« cri d'alarme »* bienvenu, et Lionel Stoléru, secrétaire d'Etat à la Condition des travailleurs manuels juge l'initiative de *l'Express* bénéfique pour lutter contre le racisme. Cf. Ibidem, pp. 165-166.

783 En particulier la Fédération nationale des déportés, internés et résistants patriotes (F.N.D.I.R.P.).

784 C'est le cas par exemple du Grand Orient de France.

785 Expression d'Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 176.

786 Pour une présentation très complète du personnage et de ses écrits, Valérie IGOUNET, *Robert Faurisson. Portrait d'un négationniste*, Ed. Dénoël, 2012, 455p.

787 Robert FAURISSON, « Lettre à L'Express », **[en ligne]**. Disponible sur http://robertfaurisson.blogspot.fr/1978_11_01_archive.html (consulté le 27 mars 2014). Extraits publiés dans *Le Matin de Paris*, 1er novembre 1978.

intitulée « Le Problème des chambres à gaz, ou la rumeur d'Auschwitz » paraît dans *Le Monde*[788]. Pour ces écrits, l'universitaire lyonnais est condamné civilement le 8 juillet 1981[789] à payer un franc symbolique à neuf associations d'anciens déportés ainsi qu'au M.R.A.P. et à la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (L.I.C.R.A.). Ce verdict est confirmé en appel[790], les juges estimant que le travail de Faurisson *« peut faire figure de réhabilitation globale des criminels de guerre nazis »*. De même, il fait l'objet d'une condamnation pénale pour diffamation raciale[791], cette fois-ci à 3 mois de prison avec sursis et 5.000 francs d'amende, pour avoir déclaré à la radio : *« Les prétendues chambres à gaz hitlériennes et le prétendu génocide des juifs forment un seul et même mensonge historique, qui a permis une gigantesque escroquerie politico-financière dont les principaux bénéficiaires sont l'État d'Israël et le sionisme international et dont les principales victimes sont le peuple allemand, mais non ses dirigeants, et le peuple palestinien tout entier »*[792].

Ces instances et sanctions ne découragent en rien le courant de pensée « négationniste »[793] qui prend de l'ampleur. Les thèses de Faurisson sont relayées dans le journal de Maurice Bardèche, *Défense de l'Occident*, en juin 1978. Quelques années plus

---

788 *Le Monde*, 29 décembre 1978. Cette tribune s'accompagne d'une réfutation par l'historien juif d'origine russe Georges WELLERS, « Abondance de preuves ». Elle est suivie le lendemain de deux articles, le premier de l'historienne Olga WORMSER traitant de l'histoire de la Shoah et le second du président de l'Université Lyon-II condamnant les propos de l'enseignant mais avouant l'absence formelle de faute professionnelle avérée. Ces écrits ouvrent à Faurisson la voie des « droits de réponse » dont il fait par la suite un abondant usage afin d'être publié et de prolonger la polémique. Voir Valérie IGOUNET, *Histoire du négationnisme en France*, Seuil, 2000, pp. 242-248.

789 TGI Paris, 8 juillet 1981, *Dalloz*, 1982, Jurisprudence, p. 59, note EDELMAN. Texte du jugement disponible in Bernard JOUANNEAU, *La Justice et l'Histoire face au négationnisme. Au cœur d'un procès*, Fayard, 2008, pp. 282-297.

790 CA Paris, 26 avril 1983. Cf. Ibidem, pp. 298-309 ; voir également l'analyse de Thomas HOCHMANN, « Faurisson, « falsificateur de la jurisprudence » ? » *Droit et cultures* n° 61, janvier 2011, pp. 235-256, disponible **[en ligne]** sur http://droitcultures.revues.org/2526#ftn13 (consulté le 21 mars 2014).

791 Plus précisément, en première instance, il est condamné pour diffamation raciale et incitation à la haine raciale par le Tribunal correctionnel de Paris, 3 juillet 1981 (décision citée par Madeleine REBERIOUX, « Le génocide, le juge et l'histoire », *Revue Histoire* n° 138, 1990, p. 93). Le 23 juin 1982, la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation mais seulement pour diffamation (JurisData 1982-022836). La Cour de cassation rejette les pourvois formés contre cette décision, tant par Robert Faurisson que par la L.I.C.R.A., le M.R.A.P. et l'Amicale des anciens déportés d'Auschwitz (Cass. crim., 28 juin 1983, op. cit. ; « Un arrêt de la Cour de cassation sur l'affaire Faurisson », *Le Monde*, 30 juin 1983).

792 Sur Europe 1, 17 décembre 1980.

793 Sur cette notion, voir §380.

tard, Henry Roques, disciple de Faurisson, présente *Les « confessions » de Kurt Gerstein : Etude comparative des différentes versions*, thèse de doctorat de troisième cycle en Lettres modernes[794]. L'extrême droite apporte très naturellement son soutien à ces pseudo-scientifiques. A l'opposé de l'échéquier politique, l'ultra-gauche leur prête également un concours actif par l'intermédiaire de la maison d'édition La Vieille Taupe, diffuseur attitré de leurs travaux[795]. En somme, l'intervention de Robert Faurisson dans la presse a ouvert la voie à *« une épidémie culturelle, nourrie de mensonges, de faux-semblants »*[796].

179. Comment expliquer que ce type de discours puisse perdurer après l'adoption de la loi Pleven ? Il semble que celle-ci ne soit pas aussi convenable qu'elle ne le paraissait en 1972. Elle est en effet en-deça des prescriptions de la Convention internationale qui prohibe toute diffusion d'idées racistes et non seulement la diffamation, l'injure et la provocation à la haine raciale. De plus, les contraintes procédurales relatives au droit de la presse[797] ont pour conséquence de rendre caduques de nombreuses poursuites : prescription

---

794 Thèse soutenue le 15 juin 1985. Faurisson a initié Henry Roques à la critique des textes ; il le considère donc comme son directeur de thèse officieux. Son travail confronte les quatre versions françaises et les deux versions allemandes du témoignage de Kurt Gerstein au procès qui a opposé son mentor à Léon Poliakov en juillet 1981. Il s'emploie à souligner leurs incohérences pour conclure à la nullité du témoignage. Au cours de la soutenance orale, il n'hésite pas à remettre en cause l'existence des chambres à gaz et à dénoncer la « religion de l'Holocauste ». Bénéficiant de la sympathie d'un jury à tendance révisionniste, il obtient la mention « très bien ». Mais à la demande d'Alain Devaquet, ministre délégué auprès du Ministre de l'Éducation nationale chargé de la Recherche et de l'Enseignement, une enquête administrative est diligentée dont les conclusions, rendues le 30 juin 1986, conduisent le président de l'université à annuler, le 3 juillet suivant, l'attestation du titre de docteur délivrée à Henri Roques. Le recours que ce dernier portera contre cette annulation est rejeté le 18 janvier 1988 par le tribunal administratif de Nantes (*A.J.D.A.*, 20 avril 1988, pp. 287-290, note PLOUVIN) puis le 10 février 1992 par le CE (requête n° 96124, *recueil Lebon*, p. 54). Pour une présentation complémentaire, Valérie IGOUNET, *Histoire du négationnisme en France*, op.cit., p. 407 et suivantes.

C'est après ces événements qu'il a été décidé de soumettre toute thèse à la relecture de deux rapporteurs avant d'autoriser un candidat à la soutenir devant un jury.

795 Alain FINKIELKRAUT explique cela par leurs tendances antistaliniste, antisioniste et antiimpérialiste, qui les auraient conduits à refuser une réalité historique n'entrant pas dans leur cadre de pensée. Cf. *L'avenir d'une négation – Réflexion sur la question du génocide*, Seuil, Coll. Fiction et Cie, 1982, p. 49 et suivantes.

796 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 176-177. L'auteur indique que ce mouvement n'est pas seulement français, il est international. Il cite l'affaire dite « Gordji », au cours de laquelle il a été prouvé que l'ambassade d'Iran finançait les activités de la Vieille Taupe (p. 179).

797 Ces contraintes ne s'appliquent pas aux discriminations définies dans le Code pénal.

de l'action publique par trois mois, impossibilité de requalifier des faits en provocation à la haine raciale si la procédure a été engagée pour diffamation raciale[798], etc.

Outre ces premiers éléments juridiques de réponse, l'expansion des théories antisémites est aussi facilitée par la « frilosité » des historiens à se saisir de la question et l'absence de reconnaissance officielle des souffrances subies au cours de la Shoah.

B. LA NECESSITE D'UN RELAIS SCIENTIFIQUE ET POLITIQUE

180. Selon Benjamin Stora, *« les Juifs ont été (...) le premier groupe mémoriel à se battre dans la société française. En ce sens, ce mouvement est fondateur. Il est d'ailleurs parti (...) du combat des associations et pas des historiens »*[799]. On constate effectivement un certain retrait de la communauté scientifique, qui ne souhaite pas engager la discussion sur l'existence et l'ampleur du génocide : *« il ne faut pas se demander comment techniquement un tel meurtre de masse a eu lieu. Il a été possible techniquement parce qu'il a eu lieu. (...) Il n'y a pas, il ne peut y avoir de débat sur l'existence des chambres à gaz »*[800]. L'affirmation est claire : cet épisode de l'Histoire est un acquis, les palabres sont inutiles. Ce champ d'investigation doit être *« définitivement clos et banalisé »*[801]. Cette

---

798 Selon la jurisprudence, les juges étant saisis de la qualification juridique et non des faits eux-mêmes, l'unique solution en cas d'erreur de qualification initiale est la relaxe du prévenu (CA Grenoble, 9 juillet 1973 ; *Dalloz*, 1973, Jurisprudence, p. 489). De même, est nulle toute plainte qui indique comme étant applicables aux mêmes faits deux textes prévoyant deux infractions de nature et gravité différentes dont on retient cumulativement les qualifications (Cass. crim., 18 novembre 1980, n° 80-93.309, *Bull. crim*., n° 305, p. 778).

799 Benjamin STORA, *La guerre des mémoires. La France face à son passé colonial – Entretien avec Thierry Leclère*, la Tour d'Aigues, Ed. de l'Aube, 2007, p. 75.

800 Extrait d'une pétition signée par trente-quatre historiens, membres du Collège de France, du C.N.R.S. et d'autres centres de recherche, sous l'impulsion de Léon Poliakov et Pierre Vidal-Naquet, parue sous l'intitulé « Déclaration d'historiens » dans le journal *Le Monde* le 21 février 1979.

801 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 179. Il faut se garder d'une interprétation trop hâtive du terme « banalisation » dans les propos de l'auteur. Il ne s'agit certainement pas ici d'enlever à la Shoah sa singularité, dans le but d'établir des amalgames pernicieux. Selon lui, la banalisation c'est aussi une *« forme indispensable d'historicisation »* qui consiste à traiter un objet avec la rigueur applicable à tout domaine scientifique, et *« une étape indispensable si l'on souhaite donner au génocide un caractère d'exemplarité »* : *« il est difficile de se référer à l'antisémitisme nazi afin de dénoncer les nouvelles formes de racisme, si l'on persiste à insister exclusivement sur sa spécificité »* (p. 184).

posture se justifie par la volonté de ne pas « entrer dans le jeu » des polémiques, d'autant qu'il existe déjà des ouvrages sur le sujet[802].

Cependant, la formulation est étonnante en ce qu'elle semble asséner une vérité officielle. Elle suscite d'autant plus d'interrogations que la société française, influencée par les médias, est encline à croire n'importe quelle rumeur qui fait l'actualité. D'ailleurs, la déconstruction du mythe gaullien et la publicité donnée à *Holocaust* et au *Chagrin* ont profité aux théories mensongères de Faurisson. L'universitaire lyonnais s'est engouffré dans la brèche ouverte par cette « relecture » du passé pour diffuser sa « révision » de l'histoire des années sombres, sans que le public ne soit réellement capable de faire la part des choses.

« Il [faut] donc répondre, non par devoir, mais par nécessité »[803]. *Primo*, cela requiert une analyse du négationnisme comme démarche manipulatrice et courant idéologique[804]. Les auteurs dénoncent, *« derrière une feuille de vigne de scientificité »*, un *« charlatanisme »* mêlé de *« faux-semblant de la méthode hypercritique »* et de théorie fallacieuse du complot[805]. *Secundo*, il est indispensable d'approfondir les recherches sur les événements de 1939-1945. Dans cette optique, plusieurs colloques se tiennent au cours de la décennie 1980, notamment sous l'égide de l'Ecole des hautes études en sciences sociales (E.H.E.S.S.)[806]. De même, de nombreux écrits sont publiés pour rétablir les faits par des

---

802 Le même auteur remarque tout de même que l'historiographie française est en retard par rapport à l'historiographie américaine, allemande ou israélienne. Il est indéniable que le phénomène de réfutation a accéléré les parutions scientifiques. Ibidem, p. 180.

803 Idem, p. 182.

804 Pour des exemples d'écrits ayant cette ambition, Pierre VIDAL-NAQUET, *Les Assassins de la mémoire – « Un Eichmann de papier »et autres essais sur le révisionnisme*, La Découverte, 1987, 231p. ; Yves TERNON, *Enquête sur la négation d'un génocide*, Marseille, Ed. Parenthèses, 1989, 229p. ; Nadine FRESCO, « Les redresseurs de morts. Chambres à gaz : la bonne nouvelle. Comment on révise l'histoire », *Les Temps Modernes* n° 297, juin 1980, disponible **[en ligne]** sur http://www.anti-rev.org/textes/Fresco80a/ (consulté le 27 mars 2014).

805 François BEDARIDA, *Histoire, critique et responsabilité*, Bruxelles, Complexe, Coll. Histoire du temps présent, 2003, pp. 291-292.

806 Voir les actes du colloque de l'E.H.E.S.S. qui s'est tenu à la Sorbonne en juillet 1982 sous la direction de Raymond Aron et François Furet : *L'Allemagne nazie et le génocide juif*, Gallimard/Seuil, 1985, 600p.

explications sérieuses et solidement documentées[807] : on doit s'en tenir *« aux faits, rien qu'aux faits, minutieusement établis, minutieusement vérifiés, pour laisser à leur contestation la marge la plus faible possible »*[808].

181. De son côté, la sphère politique est, dans un premier temps, littéralement « obsédée »[809] par les fantômes de Vichy et la nécessaire réinterprétation de la période d'occupation. Par conséquent, elle ne prend pas immédiatement la mesure de la montée en puissance de la mémoire de la Shoah dans l'espace public et ne lui offre aucune traduction officielle[810]. Elle a pourtant un rôle non négligeable à jouer. En effet, les pouvoirs publics, qui supportent l'héritage du régime pétainiste, se doivent d'assumer une certaine responsabilité à l'égard des groupes victimaires de la Seconde Guerre mondiale. Face au phénomène négationniste, ils sont pressés par les associations d'intervenir pour reconnaître les souffrances du passé.

Il faut attendre le milieu des années 1980 pour que cette revendication aboutisse, à la faveur de l'orchestration politique du procès de Klaus Barbie[811] : *« symbole de la barbarie de l'occupant nazi, Barbie (...) sera jugé (...) au nom de l'Etat de droit et d'un impossible oubli »*[812]. Ce procès est le grand rendez-vous des témoins, résistants et survivants du génocide. Il offre une tribune sans précédent aux victimes de la politique discriminatoire d'Hitler, convoquées *« en un lieu qui n'[est] pas simplement un « lieu de mémoire » mais aussi un lieu de justice »*[813]. Retransmis en direct à la télévision, il est aussi l'occasion d'une leçon d'histoire et d'une prise de conscience du grand public. Il se fait vecteur de la

---

807 Voir notamment deux ouvrages de Georges WELLERS, *La solution finale et la mythomanie néo-nazie*, Grenoble, Centre de la documentation juive contemporaine, 1979, 95p. ; *Les chambres à gaz ont existé : des documents, des témoignages, des chiffres*, Gallimard, Coll. Témoins, 1981, 227p.

808 Annette WIEVIORKA, « Le négationniste et la chambre à gaz », *L'histoire* n° 331, 2008, p. 16.

809 Le terme *« obsession »* est employé par Henry ROUSSO pour désigner la focalisation du milieu politique sur les représentations du régime de Vichy dans les années 1970-1980. Cf. *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., pp. 195-248.

810 En ce sens, Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 83.

811 Que nous étudierons dans le détail dans le prochain chapitre.

812 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* op. cit., p. 231.

813 Ibidem, p. 247.

propagation de la mémoire juive dans la société. Pour beaucoup, cette instance est une *« quasi-politique mémorielle »*[814] à elle toute seule et initie un *« renversement de l'histoire »*[815]. Les crimes commis à l'encontre de la Résistance, s'ils font l'objet d'une étude, sont relativisés par rapport aux persécutions subies « pour ce que l'on est ».

Cette première reconnaissance officielle par la voie judiciaire renforce le « lobbying » mémoriel des associations juives de France. Si la résistance politique est toujours forte, elle doit céder devant les pressions d'une partie de l'opinion publique et des institutions représentatives israélites. Les premiers textes étatiques de reconnaissance victimaire sont alors élaborés. Nous pensons ici à la loi du 15 mai 1985 créant la mention « Mort en déportation »[816] et au décret du 3 février 1993 instituant une journée commémorative des persécutions racistes et antisémites commises sous l'autorité de fait « gouvernement de l'Etat français »[817.818]. Bien évidemment, le débat politique sur la collaboration et ses suites n'a pas cessé[819] mais il permet désormais de mettre en lumière la mémoire de la communauté juive, par la responsabilité de la France dans les persécutions qu'elle a subies. Jacques Chirac, lors de la commémoration de la Rafle du Vel d'Hiv' le 16 juillet 1995, parle même de *« faute collective »*[820]. Le Président de la République en profite aussi pour lancer un avertissement aux polémistes antisémites soutenus par le Front national.

---

814 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 85.

815 Ibidem, p. 90. Dans la même optique, Jean-Michel CHAUMONT parle de *« renversement des rôles »* qui a permis de *« rafraîchir la mémoire des générations présentes et à venir »* (Cf. *La concurrence des victimes : Génocide, identité, reconnaissance*, op. cit., p. 41) : *« il y a maintenant plus de prestige pour la victime que pour le héros »* (p. 46).

816 Loi n° 85-528 sur les actes et jugements déclaratifs de décès des personnes morts en déportation, *JORF*, 18 mai 1985, p. 5543.

817 Décret n° 93-150, *JORF*, 4 février 1993, p. 1902.

818 S'inscrit également dans cette démarche la loi n° 90-615 dite « Gayssot » du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (*JORF*, 14 juillet 1990, p. 8333). Ce texte a donné lieu à de nombreux débats doctrinaux sur lesquels nous reviendrons longuement dans la deuxième partie de cette thèse consacrée au droit contemporain.

819 Problématique franco-française à l'opposé de la problématique franco-juive de la déportation selon Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 90.

820 Extraits du discours disponibles **[en ligne]** sur http://www.ina.fr/video/CAB95040420 (consulté le 27 mars 2014). Cela tranche avec la position de François Mitterrand qui le 14 juillet 1992, la veille du 50ème anniversaire de la Rafle en 1992, refusait toute forme de repentance, ce qui lui a valu d'être largement hué par les spectateurs au moment de la commémoration (reportage sur les incidents provoqués disponible **[en ligne]** sur http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu01247/la-ceremonie-du-50eme-anniversaire-de-la-rafle-du-vel-d-hiv.html, consulté le 27 mars 2014).

En somme, *« après le refoulement du génocide pendant trois décennies (…), on assiste à une surévaluation de la question juive*[821] *dans la grille d'interprétation contemporaine de Vichy »*[822].

182. On le voit, en une génération, la France a parcouru un long chemin. En 1965, les discussions tournaient encore autour des faits de Résistance, méprisant les déportés raciaux, et la simple évocation de l'antisémitisme français était une infamie. Vingt-cinq plus tard, les inculpations en lien avec des infractions à motif discriminatoire se multiplient. Elles portent sur les crimes eux-mêmes mais pas seulement ; leur remise en cause est considérée comme intolérable tant par l'opinion que par les autorités publiques. La mémoire juive trouve également une oreille qui se veut attentive auprès des hommes politiques, par la reconnaissance officielle des souffrances et de la responsabilité de l'Etat. Quant à l'historiographie, elle entre dans une phase de réflexion plus objective et *de facto* plus sereine, évitant l'écueil d'une lecture partielle de Vichy, favorable au négationnisme.

Certes, les scandales des années 1970-1980 ont mis en exergue la difficulté de la transmission du souvenir israélite. Dans un contexte social et diplomatique compliqué, comment en parler ? Quelle est la forme la plus adaptée de récit, médiatique ou académique ? Dans quelle mesure l'Etat doit-il intervenir sur le sujet ? Néanmoins, il est indéniable que toutes ces polémiques ont permis l'apparition dans le débat public *« de nouveaux personnages, oubliés, refoulés, exclus du récit traditionnel de l'histoire nationale, [qui] occupent désormais le devant de la scène mémorielle officielle »*[823].

De l'autre côté du Rhin, on constate de la même façon que les crimes de la Shoah deviennent un élément central de débat, bien que les raisons d'un tel phénomène soient différentes de celles visibles en France.

---

821 Pour caractériser ce phénomène, Eric CONAN et Henry ROUSSO parlent de *« judéocentrisme »* (Cf. *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Gallimard, Coll. Folio – Histoire, p. 272). Johann MICHEL utilise, lui, l'expression *« obsession de la Shoah »* (Cf. *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 81).

822 Jean-Marc VARAUT, *Le procès Pétain, 1945-1995*, Ed. Perrin, 1995, p. 423.

823 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 72.

SECTION II.

EN ALLEMAGNE : VOLONTE DE « LIQUIDATION DU PASSE NAZI »

> « Wir alle, ob schuldig oder nicht, ob alt oder jung, müssen die Vergangenheit annehmen. Wir alle sind von ihren Folgen betroffen und für sie in Haftung genommen. Jüngere und Ältere müssen und können sich gegenseitig helfen zu verstehen, warum es (so) lebenswichtig ist, die Erinnerung wachzuhalten. Es geht nicht darum, Vergangenheit zu bewältigen. Das kann man gar nicht. Sie läßt sich ja nicht nachträglich ändern oder ungeschehen machen. Wer aber vor der Vergangenheit die Augen verschließt, der wird am Ende blind für die Gegenwart. Wer sich der Unmenschlichkeit nicht erinnern will, der wird wieder anfällig für neu-e Ansteckungsgefahren. »[824]

183. Au milieu des années 1960 et au début des années 1970, l'Allemagne fédérale est marquée par une double tendance : d'une part, ranimer et assumer le souvenir des années noires, d'autre part, y « échapper » ou plutôt le dépasser pour se tourner, la tête haute, vers l'avenir. Ce mouvement de balancier, dont l'ambivalence n'est certainement pas étrangère au statut de vaincu de la R.F.A. depuis 1945, traduit la recherche active d'un équilibre dans

---

824 *« Chacun d'entre nous, coupable ou non, jeune ou moins jeune, doit accepter le passé. Nous sommes tous concernés par ses conséquences dont nous avons solidairement à répondre. Les anciennes comme les jeunes générations doivent et peuvent s'aider les unes les autres à comprendre pourquoi il est vital de maintenir le souvenir vivant. Il ne s'agit pas de détourner le passé. C'est impossible. Il ne peut être modifié ou désavoué. Mais toute personne qui ferme les yeux sur le passé finira par devenir aveugle au présent. Quiconque refuse de se rappeler l'inhumanité est sujet à de nouveaux risques d'infection. »* (Traduction proposée). Extrait du discours au *Bundestag* de Richard VON WEIZSACKER, ancien maire de Berlin-ouest (1981-1984), président de l'Allemagne fédérale et qui sera le premier président de l'Allemagne réunifiée (1984-1994), pour la cérémonie commémorant le 40ème anniversaire de la fin de la guerre en Europe et de la tyrannie national-socialiste, 8 mai 1985, disponible en langue allemande *in extenso* **[en ligne]** sur http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Richard-von-Weizsaecker/Reden/1985/05/19850508_Rede.html;jsessionid=AF2AA9DEE4EFDDADC4CCDFA5A122227A.2_cid293 (consulté le 2 avril 2014), et partiellement traduit en annexe n° V, sur cd.

la *« liquidation »*[825] du passé nazi, à mesure que l'on s'éloigne temporellement des faits. Une rupture entre les générations s'opère, qui entraîne une modification de la manière de considérer le passé nazi. Ainsi, face à un contexte de plus en plus exigeant, la R.F.A. adopte un comportement qu'elle souhaite le plus réaliste possible et qui s'extériorise par diverses manifestations dans les domaines juridique et historique.

§ 1. LE CONTEXTE

184. Un constat s'impose : les pressions existantes sur l'Allemagne fédérale à la sortie de la Seconde Guerre mondiale, *« du dehors »* comme *« du dedans »*[826], n'ont pas disparu vingt ans plus tard. Libéré de l'occupation alliée depuis une décennie[827], l'Etat réussit tant bien que mal sa reconstruction et montre une certaine stabilité politique. Il tente de répondre aux demandes de justice de la communauté internationale et ancre la démocratie dans ses valeurs fondamentales. Pourtant, *« le souvenir du jugement porté par la communauté internationale continue de peser lourdement, sur la formulation de la politique étrangère en particulier »*[828]. Les yeux du monde entier restent rivés sur l'Allemagne fédérale, alors qu'elle prend une place de plus en plus grande dans la construction d'un espace unifié sur le continent européen. Par ailleurs, loin de disparaître,

---

825 Rappelons que l'expression *« liquidation du passé nazi »* est reprise de l'intitulé de l'ouvrage de Gernot ERLER et al., *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 1988, 175p.

826 Pour des explications, voir supra §§59-85.

827 Le statut d'occupation a en effet pris fin avec les Accords de Paris signés le 23 octobre 1954 (évoqués supra note n° 330) et entrés en vigueur le 5 mai 1955 (pour une présentation des débats français sur ces accords, André Cocatre-Zilgien, « Les Accords de Paris devant le Parlement français », *Annuaire français de droit international*, vol. 1, 1955. pp. 140-150). L'Allemagne a donc recouvré sa souveraineté à compter de cette date. Reste le problème de la Sarre, *land* bordé par le Luxembourg, la Rhénanie-Palatinat et la Lorraine, Etat sous protectorat français doté d'une souveraineté propre depuis décembre 1947. Par le traité sur le règlement de la question sarroise signé à Luxembourg du 27 octobre 1956 (disponible **[en ligne]** sur http://mjp.univ-perp.fr/traites/1956sarre.htm, consulté le 2 avril 2014), ce territoire est autorisé à adhérer à la R.F.A. à compter du 1er janvier 1957.

828 Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, traduit de l'anglais par Jean-Luc FIDEL, Seuil, 2006, p. 279.

les critiques proférées à l'intérieur des frontières germaniques s'amplifient, renforcées par la mise en lumière des détails du judéocide[829].

A. L'IMPLICATION ALLEMANDE DANS LA CONSTRUCTION EUROPEENNE[830]

185. L'Allemagne fédérale l'a bien compris, elle a de sérieux avantages à tirer du jeu des négociations européennes, d'ordre économique mais pas seulement. Comme l'explique Raymond Poidevin, l'idée européenne doit permettre au chancelier Adenauer *« de créer une nouvelle tradition diplomatique en rupture complète avec la politique de puissance (Grossmachtpolitik) du III*ème *Reich qui a laissé de fâcheux souvenirs »*[831]. L'engagement européen de la R.F.A. s'inscrit donc dans une démarche qui se veut à la fois internationale et nationale. Pour être un *« partenaire égal en droits dans une Europe unie »*[832] et participer au rapprochement économique et politique, c'est-à-dire pour compter dans ce nouvel espace régional, il est impératif que l'Etat manifeste ostensiblement son intention de *« contribuer* [activement] *à la paix du monde »*[833].

---

829 A propos de ce terme, voir note n° 687.

830 De très nombreux manuels et ouvrages relatent et analysent les différentes phases de la fondation de l'Europe. Pour quelques exemples, Robert TOULEMON, *La construction européenne : histoire, acquis, perspectives*, Librairie générale française, 1994, 288p. ; Charles ZORGBIBE, *Histoire de la construction européenne*, P.U.F., 1997, 382p. ; Dominique HAMON et Ivan Serge KELLER, *Fondements et étapes de la construction européenne*, P.U.F., 1997, 481p. ; Fabrice LARAT, *Histoire politique de l'intégration européenne (1945-2003)*, La Documentation française, 2003, 128p. ; Marie-Thérèse BITSCH, *Histoire de la construction européenne – De 1945 à nos jours*, Bruxelles, Ed. Complexe, Coll. Questions à l'Histoire, 2004, 401p. ; Pierre GERBET, *La construction de l'Europe*, Armand Colin, Coll. Histoire contemporaine, 2007, 579p. ; Christine HOUTEER, *La construction européenne : étapes, objectifs, réalisations*, Armand Colin, 2007, 125p. ; François DE TEYSSIER et Gilles BAUDIER, *La construction de l'Europe*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 2005, 127p. Relevons également l'ouvrage d'André GAUTHIER, *La construction européenne – Etapes et enjeux*, Bréal, 2005, 384p., qui présente plusieurs cartes, tableaux et graphiques particulièrement pédagogiques.

831 Raymond POIDEVIN, *L'Allemagne et le monde au XX*ème *siècle*, Masson, Coll. Relations internationales contemporaines, 1983, p. 183.

832 Cette formule est empruntée au préambule de la Loi Fondamentale allemande de 1949 qui en fait un objectif pour la République fédérale.

833 Ibidem. Pour des explications, Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, L.G.D.J., Coll. Manuel, 1994, p. 764.

186. Les premières étapes de l' « européanisation » franchies – instauration de la C.E.C.A.[834], de la C.E.E. et d'Euratom[835], création du Conseil de l'Europe[836] et entrée de la R.F.A. dans l'O.T.A.N.[837] –, le rapprochement franco-allemand qui s'opère joue un rôle non négligeable dans le développement d'une Europe politique[838]. Le Général de Gaulle, revenu au pouvoir en 1958, donne une nouvelle orientation à l'Europe qu'il rêve libre *« de l'Atlantique jusqu'à Istanbul et à l'Oural »*[839]. Le système bipolaire des blocs –

---

834 La Communauté européenne du charbon et de l'acier (C.E.C.A.) est une concrétisation du projet dit « plan Schuman », du nom du ministre français des Affaires étrangères qui en est à l'origine, proposant de placer la production franco-allemande des deux matières premières sous une même autorité. Il s'agit d'une organisation commune instituée le 18 avril 1951 entre les deux Etats et ouverte à la participation des autres pays d'Europe (l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg).

835 La Communauté économique européenne (C.E.E.) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) ont été instituées entre la France, l'Italie, le Benelux et la R.F.A. par deux traités appelés « Traités de Rome », en date du 25 mars 1957 (disponibles **[en ligne]** sur http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&qid=1396452984435&from=EN et http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957A/TXT&qid=1396452984435&from=EN, consultés le 2 avril 2014).

836 Création qui est intervenue avec la signature par dix Etats (les pays du Benelux, la Grande-Bretagne, la France, le Danemark, l'Irlande, la Norvège, la Suède et l'Italie) du Traité de Londres portant Statut du Conseil de l'Europe, STCE n° 001, le 5 mai 1949. Il est entré en vigueur le 3 août suivant. Texte du traité disponible **[en ligne]** sur http://conventions.coe.int/Treaty/fr/treaties/html/001.htm, consulté le 2 avril 2014). L'Allemagne fédérale est en devenue « membre associé » le 13 juillet 1950, avant d'être reconnue en tant que membre à part entière le 2 mai 1951.

837 Cet évènement est en réalité une solution médiane et d'opportunité. Avec le début de la guerre de Corée en juin 1950 et la refonte des troupes soviétiques dès 1952 (création de la police populaire « *Kasernierte Volkspolizei* » très vite remplacée par l'armée populaire nationale « *Nationale Volksarmee* » dont l'effectif atteint 170.000 hommes en 1962, à la faveur de l'instauration du service militaire obligatoire), les dirigeants occidentaux ont souhaité construire une armée européenne pour pallier le risque d'attaque communiste. Or, cela ne peut passer que par la révocation de la décision prise en 1945 à Potsdam de désarmer complètement l'Allemagne. Le Général de Gaulle, Churchill et le Général Clay considèrent en effet que la participation de la R.F.A. est inévitable, pour des raisons d'efficacité. C'est pourquoi René Pléven annonce le 24 octobre 1950 la création d'une Communauté européenne de défense pour fusionner les troupes militaires des Etats membres de la C.E.C.A. Néanmoins, ce projet ne voit pas le jour, l'Assemblée nationale française se prononçant contre par vote du 30 août 1954 (extraits des débats disponibles **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/ced/sommaire.asp, consulté le 2 avril 2014). A défaut, il est convenu que l'Allemagne participera à l'O.T.A.N., aux termes des Accords de Paris précités. Cette décision est effective à compter du 9 mai 1955. La *Bundeswehr* est alors fondée, regroupant 495.000 hommes placés sous le commandement du chef de l'O.T.A.N. en Europe.

838 Il utilise l'expression *« Europe des Etats »* pour parler de cette union politique.

839 Charles DE GAULLE, *Mémoires de guerre – Le Salut*, Tome III, Plon, 1959, p. 57. Sur le sens à donner à cette expression, Edmond JOUVE, *Le Général de Gaulle et la construction de l'Europe*, Thèse de doctorat en Science politique, Université de Paris, 1966, publiée à la L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1967, pp. 145-156 ; du même auteur, « L'Europe de

caractéristique de la Guerre froide – doit être dépassé, ce qui permettra corrélativement de mettre un terme à la division de l'Allemagne[840]. Rapidement, s'établit donc une relation cordiale entre le président français et le chancelier allemand. Ils se rencontrent pour la première fois le 14 septembre 1958 à Colombey-les-Deux-Églises, dans la résidence privée du chef de l'Etat. A l'issue des discussions, ils s'accordent à reconnaître le besoin d'unification de l'Europe et la nécessité d'une réconciliation durable entre les deux peuples. Elle est officiellement scellée cinq ans plus tard, dans le Traité de l'Élysée[841]. Par cet acte, les gouvernements s'engagent également à coordonner leur politique étrangère et de défense et à renforcer l'apprentissage réciproque des langues et des cultures française et germanique[842]. D'ailleurs, des formulations communes et catégoriques sont fixées pour parler du régime hitlérien dans les manuels scolaires. Ce sont les prémisses de ce que l'on nomme aujourd'hui « le tandem franco-allemand », axe majeur des évolutions de l'Union européenne[843]. C'est aussi et surtout une preuve – écrite et donc tangible – de la bonne volonté de l'Allemagne à tirer toutes les leçons des événements douloureux de son passé.

187. Adenauer le sait, pour refaire de son pays une grande puissance, il doit donner aux yeux du monde l'image d'une démocratie solide et renouvelée, fondée sur des valeurs universelles. Ce n'est qu'à cette condition qu'on acceptera de voir la R.F.A. comme un « partenaire », un « ami », digne d'obtenir l'égalité des droits. Les positions du gouvernement fédéral sont à cet égard limpides : *« on ne doit pas imaginer l'ordre de paix*

---

l'Atlantique à l'Oural », *Le Général de Gaulle et l'Europe – Espoir, Revue de l'institut Charles de Gaulle* n° 18, Plon, 1977, pp. 14-21.

840 La réunification est d'ailleurs le second objectif assigné par la Loi Fondamentale dans son préambule à la R.F.A.

841 Traité signé à Paris le 22 janvier 1963, évoqué supra §103. A l'occasion du 50ème anniversaire du traité, plusieurs auteurs ont écrit sur le sujet. Voir notamment Corine DEFRANCE et Ulrich PFEIL, *La France, l'Allemagne et le traité de l'Élysée, 1963–2013*, Ed. du C.N.R.S., Coll. Biblis, 2012, 503p. ; *France-Allemagne, 50 ans après le Traité de l'Elysée – Politique étrangère*, 2012/4, Ed. de l'I.F.R.I., 236p. ; Hartmut MARHOLD, « Le traité de l'Élysée, d'un point de vue européen », in *L'Europe en formation* n° 366, 2012/4, pp. 17-25.

842 C'est dans ce but qu'est notamment institué l'Office franco-allemand pour la Jeunesse. De même, à partir du milieu des années 1960, le nombre des jumelages entre villes françaises et ouest-allemandes augmente considérablement.

843 Bien que les deux pays n'aient pas à l'époque la même ambition pour l'Europe : la France souhaite une fédération supranationale sous protection anglo-saxonne, conception rejetée en bloc par la R.F.A.

européen comme s'il s'agissait seulement d'entériner la situation que nous a laissée la Seconde Guerre mondiale. Cet ordre de paix européen (...) ne devrait pas se borner à proclamer les droits de l'homme mais les pratiquer »[844]. L'adhésion à certains accords va aussi dans ce sens. Nous pensons par exemple à l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe[845], signé le 1er août 1975 à Helsinki[846]. Plusieurs principes capitaux y sont rappelés : l'interdiction du recours à la force ou à la menace et l'indépendance politique des nations (article 2), l'inviolabilité des frontières (article 3), le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 7), l'égalité des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes (article 8). Ainsi, l'Allemagne montre son attachement aux idéaux humanistes et à la souveraineté des Etats, pour permettre une collaboration effective avec l'ouest comme d'ailleurs avec l'U.R.S.S., conformément aux prescriptions de sa *Grundgesetz*.

188. Dès les années 1960-1970, la R.F.A. retrouve donc progressivement une place de premier rang sur la scène mondiale[847]. Les craintes de l'opinion publique à son égard décroissent[848], même si les réflexes anti-allemands ne sont jamais loin[849], preuve qu'elle doit continuer à montrer « patte blanche » pour consolider son rapprochement avec les

---

844 Propos du ministre fédéral des Affaires étrangères Willy Brandt lors d'une interview radiodiffusée sur l'antenne de la *Deutschlandfunk*, le 2 juillet 1967, reproduits par Renata FRITSCH-BOURNAZEL, *L'Allemagne unie dans la nouvelle Europe*, Bruxelles, Ed. Complexe, Coll. Questions au XXème siècle, 1991, p. 71-72.

845 Connue sous le sigle C.S.C.E., avant de devenir en 1995 O.S.C.E. (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe), cette structure a pour mission de favoriser le dialogue et la négociation entre l'est et l'ouest.

846 Texte de l'Acte final disponible **[en ligne]** sur http://www.osce.org/fr/mc/39502?download=true (le 11 avril 2014).

847 En 1980, elle est la 4ème puissance économique derrière les Etats-Unis, l'U.R.S.S. et le Japon. Cf. Raymond POIDEVIN, *L'Allemagne et le monde au XXème siècle*, op.cit., p. 198.

848 Charles BLOCH rapporte un épisode intéressant : lors d'une visite officielle en France en mars 1960, Khrouchtchev aurait mis en garde à plusieurs reprises de Gaulle contre le danger d'une R.F.A. nouvellement réarmée. Ces avertissements n'auraient trouvé que peu de résonance dans les milieux politiques comme dans l'opinion publique française, ce qui démontre, selon l'auteur *« combien les esprits [ont] évolué depuis 1945 »*. Cf. « De Gaulle et l'Allemagne », in *La politique étrangère du Général de Gaulle*, textes réunis par Elie BARNAVI et Saul FRIEDLÄNDER, P.U.F., 1985, p. 125.

849 En témoignent les crispations et réactions nationalistes anti-allemandes suscitées en France par le véto du chancelier Schmidt à l'augmentation des prix agricoles, le 25 septembre 1974. Cf. Raymond POIDEVIN, *L'Allemagne et le monde au XXème siècle*, op.cit., p. 247.

pays occidentaux. Mais au-delà de ces pressions venant de l'extérieur, le gouvernement fédéral doit aussi se confronter à l'intensification des critiques portées par le peuple allemand lui-même.

B. L'AMPLIFICATION DES CRITIQUES

189. A l'intérieur des frontières germaniques, les mentalités sont aussi « en mouvement ». L'année 1968 est à cet égard une véritable année de césure[850], marquée par la remise en cause des institutions et un changement dans la conscience ouest-allemande. La nouvelle génération n'accepte plus de chasser de sa mémoire le souvenir du crime allemand et de la *« catastrophe juive »*[851]. Comme en France, la jeunesse entre en conflit avec les « petits bourgeois » qu'incarne à leurs yeux la génération de leurs parents. Ses revendications sont morales[852] : elle conteste la nécessaire continuité du régime après le III^{ème} *Reich* ; elle est à la recherche de nouvelles valeurs, fondées sur des bases de vérité.

190. La première et principale raison d'un tel « tournant » est la médiatisation qui va être donnée, à cette période, aux procès des criminels nazis et personnels des « camps de la mort ». A titre d'illustration, citons le procès dit « de l'Escadron » qui se tient devant le tribunal répressif allemand de Ulm, à compter du 28 avril 1958[853]. Sont appelés à comparaître dix membres des *Einsatzgruppen,* soupçonnés du massacre de 5.500 hommes, femmes et enfants d'origine israélite dans les pays baltes entre juin et septembre 1941.

---

850 Peter REICHEL parle de *« seconde fondation de l'Etat »*. Cf. *L'Allemagne et sa mémoire*, Odile Jacob, 1998, p. 20.

851 Ibidem, p. 48. Confirmant cette tendance, Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, op. cit., p. 277.

852 C'est pour cette raison que la révolte de 1968 en Allemagne est le fait majoritaire des intellectuels et des étudiants. Très peu d'ouvriers et de travailleurs ont battu le pavé, à l'inverse de ce qui a pu se produire en France.

853 Pour une brève présentation du procès de Ulm et de ses suites, Alfred WAHL, *La seconde histoire du nazisme, dans l'Allemagne fédérale depuis 1945*, Armand Colin, Coll. Les enjeux de l'Histoire, 2006, pp. 97-99. Pour une présentation détaillée, avec reproduction du jugement *in extenso*, H. G. VAN DAM et Ralph GIORDANO, *KZ-Verbrechen vor deutschen Gerichten – Band II : Einsatzkommando Tilsit, Der Prozess zu Ulm*, Frankfurt-am-Main, Europäische Verlangsanstalt, 1966, 514p.

Condamnés comme des exécutants de la politique nazie, et non comme initiateurs de ces assassinats massifs, tous sont sanctionnés de peines de prison de trois à quinze ans[854]. Cette instance a un fort impact sur la population car les nombreux médias présents rapportent avec maints détails le déroulé des audiences et le contenu des témoignages. Le public apprend ainsi, des survivants ou de leurs descendants, l'étendue de la barbarie qui s'est déchaînée à l'égard de la communauté juive. Selon Alfred Wahl, *« le procès de Ulm [a provoqué] un choc dans certains milieux en Allemagne où le récit des horreurs [a contribué] grandement à renverser la tendance ancienne de la clémence. La période du silence (...) [est] arrivée à son terme »*[855]. Par la suite, d'autres procédures sont couvertes par la presse et la télévision, notamment celle intentée contre vingt-deux membres du personnel du camp d'Auschwitz à Francfort, de décembre 1963 à août 1965[856]. Marquée par le défilé de plus de trois cents témoins à la barre et la visite de l'ancien camp par les juges en décembre 1964, elle voit la présence de cent-cinquante journalistes[857] du monde entier.

On le comprend, la dimension médiatique des procès n'est pas sans conséquence sur la perception de l'ère nazie. Elle révèle un intérêt grandissant pour le sort fait aux Juifs sous le règne d'Hitler. Au-delà, elle constitue *« la meilleure publicité pour intégrer les faits de la Seconde Guerre mondiale dans sa propre histoire. C'est en cela que la justice [est]*

---

854 Tribunal de première instance de Ulm, 29 août 1958, Ks 2/57. Voir la décision du tribunal disponible en langue allemande **[en ligne]** sur http://www.holocaust-history.org/german-trials/einsatz-ulm.shtml (consulté le 3 avril 2014).

855 Alfred WAHL, *La seconde histoire du nazisme, dans l'Allemagne fédérale depuis 1945*, op. cit., p. 98.

856 A propos de ce procès, Bernd NAUMANN, *Auschwitz : a report on the proceedings against Robert Ludwig Mulka ans others before the court of Frankfurt*, Londres, Ed. Praeger, 1966, 433p. ; Aleksander LASIK, « Postwar prosecution of the Auschwitz S.S. », in Yisrael GUTMAN et Michael BERENBAUM (sous la dir.), *Anatomy of the Auschwitz Death Camp*, Indianapolis, Indiana University Press, 1994, pp. 588-600 ; Hermann LANGBEIN, *Der Auschwitz Prozess – eine Dokumentation*, Frankfurt-am-Main, Neue Kritik Verlag, 1995, 2 vol. ; Irmtrud WOJAK (sous la dir.), *Auschwitz-Prozess 4 Ks 2/63 Frankfurt am Main*, Cologne, Snoeck, 2004, 871p. ; Devin O. PENDAS, *The Frankfurt Auschwitz Trial, 1963-1965, Genocide, History, and the Limits of the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 340p.

Dans un style romancé, l'opus de Bernhard SCHLINK *Der Vorleser* (*Le Liseur*, traduit de l'allemand par Bernard LHORTOLARY, Gallimard, Coll. Folio, 1999, 242p.) et le film de Stephen DALDRY *The reader* sorti en salles en 2009 qui en est l'adaptation, relatent, à travers l'œil d'un jeune allemand étudiant en droit, le procès de femmes surveillantes à Auschwitz.

857 Jusqu'à trois cents au jour de la visite du camp.

véritablement utile pour l'opinion allemande, afin de distinguer le bien du mal, *de fixer les faits et de savoir ce qui s'est réellement passé »*[858].

191. Des éléments internes au pays mais externes à l'Allemagne fédérale expliquent également les questions que se pose la nouvelle génération vis-à-vis des discours traditionnels. La République démocratique allemande, loin de mettre fin à la confrontation est-ouest qui s'est initiée peu après la capitulation[859], intensifie en effet ses « attaques ». Les activités prétendument néo-nazies de la R.F.A. sont constamment évoquées : *« la R.D.A. [harcèle] l'opinion à coup de conférences de presse, de dossiers et de gros titres sur la présence massive d'anciens nazis dans l'appareil d'Etat ouest-allemand »*[860]. De même, les procès sont utilisés par le pouvoir en place à des fins de propagande contre la R.F.A. Les critiques se font de plus en plus grinçantes à l'endroit de la justice mise en œuvre à l'ouest, taxée d'être *« propice aux massacreurs »*[861]. Dans le contexte de suspicion des années 1960, les révélations sur la présence d'anciens nazis au sein de l'appareil judiciaire et politique ouest-allemand finissent par être entendues et prises au sérieux. Elles ne peuvent plus être perçues comme de simples manœuvres mensongères de la part de la R.D.A.[862]. Certes, à l'est, peu de place est laissée dans la rhétorique antifasciste aux Juifs et à leurs souffrances. Le travail scientifique sur la Shoah est faible et les références au génocide servent surtout à stigmatiser les anciens « traîtres » liés au système de la R.F.A.[863]. Mais il n'en faut pas plus pour que la population s'interroge sur le traitement réservé aux criminels de la Seconde Guerre mondiale.

---

858 Extraits d'un entretien avec la magistrate détachée temporairement auprès de la *Zentrale Stelle* (structure dont nous reparlerons dans le paragraphe suivant) Kristen GOETZE, sur place à Ludwigsbourg, le 14 avril 2011.

859 Voir supra §80.

860 Jürgen DANYEL, « L'influence du procès de Nuremberg sur l'analyse juridique du passé national-socialiste dans les deux Etats allemands », in Annette WIEVIORKA (sous la dir.), *Les procès de Nuremberg et Tokyo*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1996, p. 261.

861 Expression issue du compte-rendu officiel du procès d'Auschwitz à Francfort, rédigé par les autorités de la R.D.A., qui fait les gros titres dans la presse de l'époque, selon Jürgen DANYEL, Ibidem, p. 265.

862 Alfred WAHL, *La seconde histoire du nazisme, dans l'Allemagne fédérale depuis 1945*, op. cit., p. 125.

863 En ce sens, Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, op. cit., p. 40.

192. Enfin, la sphère culturelle n'est pas en reste dans cette entreprise de dénonciation. Elle y joue même un rôle très important : *« toute une génération d'intellectuels, notamment les créateurs d'un « jeune cinéma allemand », se mettent à dire leur répulsion pour la société environnante et à se proclamer seuls porteurs de mémoire en ces « années de plombs »*[864] *»*[865]. Une partie du mouvement de contestation prend alors la forme d'une crise politique, fondée sur une comparaison négative entre les actions criminelles américaines au Vietnam et le III[ème] *Reich*. Si tous ne sont pas « tentés » par cette polémique, elle ne fait que renforcer la méfiance – sinon la défiance – systématique à l'égard de l'Etat.

Le phénomène atteint son apogée avec la diffusion *d'Holocaust* en 1979. Statistiquement, un adulte sur deux a vu au moins un épisode, un sur trois, la totalité du feuilleton. Pourtant, ce n'est pas la première fois que la télévision ouest-allemande aborde le sujet de la Shoah. Une série intitulée *Das Dritte Reich* avait été diffusée dans les années 1960, qui traitait de manière exhaustive toute la période nazie, y compris les persécutions contre les Juifs[866]. Ce qui rend *Holocaust* si attractif et percutant, c'est l'émotion ajoutée au récit des événements. Jusque là, le cinéma avait opté pour une approche analytique de l'histoire du nazisme : les faits, rien que les faits. Il n'avait jamais placé les événements sur un plan personnel. Cette saga familiale est donc totalement inédite[867]. C'est le *« retour du refoulé »*[868]. Le retentissement populaire est énorme, à tel point que les pouvoirs publics se sentent dans l'obligation d' « encadrer » la diffusion. Ils font procéder à la publication de

---

864 Référence faite au film de Margarethe VON TROTTA, *Les Années de Plomb*, produit en 1981.

865 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, Flammarion, 1989, p. 125. L'auteur soulève toutefois des contradictions chez certains de ces nouveaux intellectuels qui, affichant explicitement leur peur du retour du fascisme en R.F.A., tiennent des propos clairement racistes. Il cite notamment une pièce de théâtre de Rainer WERNER FASSBINDER, intitulée *L'Ordure, la Ville et la Mort*, interdite de représentation à Francfort pour son contenu antisémite.

866 Cette diffusion est tardive si on la compare avec les émissions diffusées à la télévision est-allemande, qui depuis longtemps abordent le sujet avec en filigrane la critique de la réhabilitation d'anciens nazis en R.F.A. Voir Angelika SCHINDLER, « L'Holocauste dans le cinéma allemand – Entretien avec Peter Zimmermann (Maison du film documentaire de Stuttgart) », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.arte.tv/fr/l-holocauste-dans-le-cinema-allemand/1084752,CmC=1084782.html (consulté le 3 avril 2014).

867 Par la suite, de nombreux réalisateurs choisiront le même angle. Pour des exemples, Volker SCHLÖNDORFF dans *Le tambour* (1979), Wolfgang PETERSEN dans *Le Bateau* (1981), ou encore Edgar REITZ dans *Heimat* (1984).

868 Dorothea BOHNEKAMP, « La communauté juive face à la culture mémorielle en Allemagne », *Vingtième Siècle – Revue d'histoire* n° 122, 2014/2, p. 104.

dossiers spéciaux dans la presse et décident de la programmation de deux autres documentaires sur le génocide[869]. De même, le *Bundeszentrale für politische Bildung* (organisme fédéral public de formation politique) transmet aux enseignants désireux de montrer à leurs classes *Holocaust*, des documents préparatoires et complémentaires, voire rectificatifs[870].

193. Un vaste débat s'est donc ouvert en R.F.A., qui ne peut plus être étouffé[871]. Il prend racine dans *« une nouvelle angoisse de culpabilité, liée au thème de l'oubli »*[872]. Si des réticences persistent[873], désormais, dans la conscience d'une partie du peuple allemand, l'histoire du national-socialisme est inséparable de celle de l'anéantissement des Juifs. Partant, une intervention des autorités officielles pour tenir compte de ce changement d'état d'esprit est indispensable : *« la mémoire assumée [sera], au-dedans et au-dehors, facteur d'apaisement, gain moral »*[874].

---

869 Il s'agit de *Antisemitismus* et de *Endlösung : Die Judenvernichtung in Deutschland*, diffusés les 11 et 18 janvier 1979.

870 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 123.

871 A cet égard, l'épisode de la gifle infligée par Béate Klarsfeld au chancelier Kurt Georg Kinsieger lors d'un discours qu'il prononce au *Bundestag* le 7 novembre 1968 est éloquent. Ce geste *« symbolique »* et *« mobilisant »* selon les termes de l'activiste (« Béate Klarsfeld, chasseuse de nazis, 75 ans, et un engagement intact », *Le Nouvel Observateur*, 11 février 2014, disponible **[en ligne]** sur http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20140211.AFP9820/beate-klarsfeld-chasseuse-de-nazis-75-ans-et-un-engagement-intact.html, consulté le 3 avril 2014), qui lui vaudra d'être condamnée à un an de prison ferme, dénote la volonté de toute une génération de jeunes Allemands de s'élever contre l'impunité dont bénéficient certains anciens nazis.

872 Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, op. cit., p. 20.

873 A titre d'exemple, relevons l'ouvrage de Sebastian HAFFNER qui a connu un grand succès en Allemagne en 1978, *Un certain Adolf Hitler*, traduit de l'allemand par Ole HANSEN-LÖVE, Grasset, 1979, 277p. L'écrivain insiste sur la distinction à faire entre Hitler et ses crimes d'un côté, et les succès du III^{ème} *Reich* de l'autre.

874 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 108.

§ 2. LES MANIFESTATIONS

194. L'arrivée au pouvoir en 1969 du social-démocrate Herbert Frahm, plus connu sous le nom de Willy Brandt[875] qu'il emprunte depuis les années 1940, marque un virage dans la politique de la R.F.A. Est mis en place ce que la doctrine appellera plus tard « l'*Ostpolitik* », attitude d'ouverture tournée vers la R.D.A. et l'Europe de l'est, qui vise à *« établir des relations de bon voisinage entre les deux Allemagnes, en dissipant les méfiances et en établissant les conditions propices à une coopération »*[876]. Elle débute le 20 octobre 1970, avec la « tombée à genoux » du nouveau chancelier devant le Mémorial du ghetto juif de Varsovie en Pologne, après qu'il ait déposé une gerbe en mémoire des victimes du nazisme. Ce geste n'a rien d'anodin. Au contraire, il est on ne peut plus symbolique[877]. La mémoire du crime allemand est plus que jamais proclamée par l'Etat fédéral, sans faux-semblant. Ce signe fort débute une phase de confrontation avec les aspects les plus négatifs de l'histoire germanique, qui loin de se cantonner aux années 1970, continue y compris sous le gouvernement d'Helmut Kohl à compter de septembre 1982. A présent, *« tout le monde [semble] considérer qu'il [est] politiquement important et utile d'être intransigeant sur le passé »*[878].

Les manifestations de cette nouvelle orientation sont nombreuses. A cet égard, l' *« Historikerstreit »* (la « Querelle des historiens ») de la fin des années 1980 mérite une attention particulière. Elle révèle la volonté de la communauté scientifique d'aborder le passé sans l'embellir ni l'enlaidir, simplement en le regardant tel qu'il est. Elle dénote aussi – et peut-être surtout – une recherche d'identité de l'Allemagne occidentale[879]. Mais avant d'analyser ce débat entre intellectuels, il convient de s'arrêter sur une initiative

---

875 Pour un ouvrage récent sur ce personnage politique emblématique de la R.F.A., Hélène MIARD-DELACROIX, *Willy Brandt*, Fayard, 2013, 312p.

876 Raymond POIDEVIN, *L'Allemagne et le monde au XX^{ème} siècle*, op. cit., pp. 236-237.

877 Pour traduire cette idée, Alfred GROSSER utilise une métaphore volontairement très connotée, presque caricaturale : *« un peu comme le Christ prenant sur lui les péchés du monde sans avoir péché lui-même, le chancelier au passé entièrement éloigné du national-socialisme assume l'héritage »*. Cf. Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit. p. 108.

878 Ibidem, p. 127.

879 De cet avis, Renata FRITSCH-BOURNAZEL, *L'Allemagne depuis 1945*, Ed. Hachette Supérieur, Coll. Carré Histoire, 1997, p. 20.

juridique antérieure à la genuflexion de Willy Brandt, qui prouve que l'Etat fédéral a très tôt compris l'ampleur de la contestation : l'instauration en 1958 d'un bureau central d'investigation sur les atrocités nazies.

A. LA CREATION D'UN SERVICE D'ENQUETE : LA *ZENTRALE STELLE* DE LUDWIGSBOURG[880]

195. Dès le procès de Ulm en 1958, la population se forge la conviction que de nombreux crimes nazis, notamment commis à l'est, n'ont pas fait l'objet d'un traitement judiciaire adéquat. Un nombre exponentiel de coupables probables fait alors irruption dans la presse et les discussions quotidiennes. Les autorités publiques prennent vite conscience que cet état de fait devient intolérable pour l'opinion. Une évidence s'impose : il faut créer un organisme spécifique, unique pour l'ensemble de la R.F.A. et doté de compétences singulières, pour procéder à un travail de recherche préparatoire aux poursuites, satisfaisant. Le personnel de cette structure doit posséder de solides connaissances tant théoriques que pratiques pour enquêter sur l'ensemble du territoire. C'est pourquoi, une conférence spéciale est organisée le 3 octobre 1958 à Bad Harzbourg[881], qui réunit les ministres de la Justice des *Länder*, y compris de Berlin. Sur proposition du ministère de la justice de Bade-Württemberg, est votée la mise en place d'une entité nouvelle et commune : la *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung national-sozialisticher Verbrechen* (Office central des administrations de justice des *Länder* pour l'élucidation des crimes national-socialistes)[882]. La ville de Ludwigsbourg, à quinze

---

880 Pour quelques écrits sur cet organe, Häns H. PÖSCHKO (sous la dir.), *Die Ermittler von Ludwigsburg, Deutschland und die Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*, Berlin, Metropol Verlag, 2008, 192p. ; Annette WEINKE, *Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst – Die Geschichte der Zentralen Stelle Ludwigsburg 1958-2008*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2008, 224p. ; Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1982, p. 139 et suivantes. Pour une présentation succincte, voir également le site internet de la *Zentrale Stelle*, http://www.zentrale-stelle.de (consulté le 4 avril 2014).

881 Bad Harzbourg se situe dans le *Land* de Basse-Saxe, au centre de l'Allemagne.

882 Appelée parfois « Commission Z ».

kilomètres de Stuttgart, est choisie pour son siège[883], des locaux d'une taille convenable pouvant y être mis à sa disposition dans les plus brefs délais.

196. Ses statuts[884] sont adoptés un mois plus tard, le 6 novembre 1958[885]. La *Zentrale Stelle* y est décrite comme une *« structure communautaire de l'administration de la justice d'Etat »* instituée *« à titre temporaire »*[886]. Autrement dit, dans l'esprit des autorités de l'époque, cet organe n'a pas de vocation permanente. Il répond à une nécessité présente et fermera ses portes lorsque le besoin de son action ne se ressentira plus[887].

En revanche, sa mission est immense. Elle consiste à rassembler tous les éléments existants sur les crimes nazis commis contre des populations civiles. Dans un premier temps, son champ de compétence exclut les exactions commises en Allemagne fédérale, dans le but d'éviter une « purge » systématique de l'administration et d'assurer la continuité de l'Etat. Mais cette restriction tombe dès 1964. A partir de là, la *Zentrale Stelle* est apte à se saisir de tout fait réalisé où que ce soit sur le territoire allemand comme à l'étranger, *« en dehors des actes de guerre proprement dits »*[888]. Par conséquent, pour la première fois, la justice fédérale reçoit expressément la charge de réprimer les crimes commis dans les camps de concentration ou d'extermination et dans les ghettos, c'est-à-dire de traiter le génocide des Juifs. C'est une avancée considérable dans la prise en considération des crimes à caractère discriminatoire du III^{ème} *Reich*. Concrètement, l'Office doit vérifier que des crimes ont bien été perpétrés, à partir de documents

---

883 La *Zentrale Stelle* est donc placée sous la responsabilité du ministre de la Justice de Stuttgart.

884 Annexés à une « convention de gestion » signée par le ministère fédéral de la Justice et les ministères de la justice des *Länders*.

885 Relevons ici une erreur dans l'ouvrage de référence d'Alfred GROSSER, qui indique que l'Office central a été décidé par les ministres seulement en 1965. Cf. *Le crime et la Mémoire*, op.cit., p. 112.

886 Traduction proposée. Cf. Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 142 : *« Ihr Status wurde in der am 6. November 1958 beschlossenen Verwaltungsvereinbarung knapp als « gemeinschaftliche Einrichtung der Landesjustizverwaltungen » von « vorübergehender Dauer » beschrieben ».*

887 Kristen GOETZE parle d'une fin *« biologique »* de la *Zentrale Stelle*, liée à la clôture des poursuites contre tous les criminels nazis retrouvés et aux décès d'autres potentiels accusés (entretien précité). Notons qu'en 2014, l'office est toujours en action.

888 Littéralement, *« ausserhalb der eigentlichen Kriegshandlungen »* (Traduction proposée). Cf. Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 143.

d'archives et de témoignages, et déterminer ensuite si, parmi les personnes impliquées dans ces exactions, certaines peuvent encore être poursuivies. Quel que soit le lieu de l'enquête, les informations sont centralisées à Ludwigsbourg. Par la suite, des dossiers sont rédigés et transmis aux procureurs près les tribunaux compétents, qui vérifient si les indices sont suffisamment nombreux et concordants pour engager une procédure judiciaire.

197. Les activités de la *Zentrale Stelle* débutent dès le 1er décembre 1958, sous le contrôle d'Erwin Schüle, procureur au procès « de l'Escadron » (Ulm, 1958[889]). Elles prennent très vite de l'ampleur, l'Office comptant plus de cent-vingt juristes dont cinquante procureurs et plusieurs juges[890], dès le milieu des années 1960.

Un obstacle majeur à son action apparaît dès les premières enquêtes. Il tient aux délais de prescription extinctive de l'action publique. En effet, en dehors du crime de génocide intégré en 1954[891] mais inutilisable en raison du principe de non-rétroactivité du droit pénal[892], seul le crime de meurtre aggravé (*Mord*), passible de l'emprisonnement à perpétuité et par conséquent prescriptible par vingt ans, peut encore faire l'objet de poursuites à la fin des années 1950. Le point de départ de la prescription se situe à l'issue de la guerre, soit le 8 mai 1945. Une véritable « course contre la montre » s'engage donc fin 1964. En témoigne l'appel lancé par l'Etat fédéral à tous les gouvernements, organisations et personnes privées d'Allemagne et d'ailleurs, de faire parvenir d'urgence à Ludwigsbourg les documents et éléments de preuve qu'ils ont en leur possession. Mais le flot de réponses reçues par l'Office ne suffit pas à pallier l'échéance qui arrive à grands pas. Le *Bundestag*[893] décide alors de retarder de quatre ans[894] la date de départ de la prescription extinctive. Le problème n'est pas pour autant réglé, d'où une seconde

---

889 Procès envisagé supra §190.

890 Chiffre avancé par Kristen GOETZE (entretien précité).

891 Le crime de génocide a été intégré en droit allemand par la loi du 9 août 1954 relative à l'adhésion de la R.F.A. à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 (*BGBl*, 1954, II, p. 729), entrée en vigueur en 1955.

892 Article 103 §2 de la *Grundgesetz* allemande.

893 Par la loi intitulée *Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen* du 13 avril 1965, *BGBl*, 1965, I, p. 315.

894 Soit à compter du 31 décembre 1949, date de création de l'Allemagne fédérale.

intervention législative en juin 1969[895]. Cette fois, c'est le délai lui-même qui est modifié et fixé à 30 ans pour les crimes dits « de sang »[896]. La barrière de la prescription est donc momentanément levée. Elle refera néanmoins surface à la fin de la décennie 1970. Le parlement allemand prendra alors une orientation catégorique[897] : le meurtre aggravé devient un crime imprescriptible (§211 StGB).

Cette difficulté contournée, il reste à mener des enquêtes suffisamment précises pour établir les charges susceptibles d'être juridiquement retenues à l'encontre de chacun des suspects. Par exemple, les « criminels de bureau » (*Schreibtischtäter*), nombreux et connus, ne peuvent être valablement poursuivis que si la chaîne des responsabilités administratives est reconstruite, afin de prouver qu'ils sont à l'initiative des exactions perpétrées. On entrevoit ici une seconde complication du travail de la *Zentrale Stelle*, celle d'obtenir des témoignages probants. Outre la disparition – par décès ou fuite – de nombreux témoins directs, faire parler ceux qui savent alors qu'ils risquent eux-mêmes une inculpation pour complicité, est délicat. On comprend qu'il soit indispensable de retrouver des documents d'archives pour fonder les accusations, ce qui explique la lenteur des investigations menées par les agents de l'Office[898].

198. S'il est fastidieux, le travail effectué par la *Zentrale Stelle* n'en est pas moins inestimable. L'activité de l'Office atteint son paroxyme entre 1967 et 1971, période au cours de laquelle plus de six-cent affaires sont traitées[899]. Pour la seule année 1967, plus de

---

895 *Strafrechtsänderungsgesetz* du 26 juin 1969, *BGBl*, 1969, I, p. 645.

896 Ce texte ménage toutefois un régime particulier pour le crime de génocide, imprescriptible aux termes de l'ancien §66 al. 2 StGB.

897 *Strafrechtsänderungsgesetzes* du 16 juillet 1979, *BGBl*, 1979, I, p. 1046 ; voir également *R.G.D.I.P.*, 1979, p. 751.

898 D'après Jean-Luc BELLANGER, en 1962, l'ensemble cumulé de la « pré-instruction » réalisée par les agents de Ludwigsbourg, l'instruction menée par le tribunal choisi pour le procès, les travaux préliminaires, la préparation et la tenue du procès, demandait en moyenne 3,6 années. En 1967, ce chiffre atteignait 6,1, en 1972, 8,3 et en 1977, 16,8 années. Cf. « Ludwigsburg, ville symbole », *Le Patriote Résistant – Bulletin intérieur de la Fédération nationale des Déportés et Internés résistants et patriotes*, octobre 2009, p. 8.

899 Selon les données de la *Zentrale Stelle* elle-même, disponibles **[en ligne]** sur http://www.zentrale-stelle.de/pb/,Lde/1264716 (consulté le 4 avril 2014).

quatre-cent pré-enquêtes sont ouvertes à Ludwigsbourg[900]. Bien sûr, ces chiffres peuvent sembler dérisoires au regard de l'ampleur des souffrances subies mais le symbole est fort. Les crimes racistes de la politique hitlérienne ne sont plus négligés. Les investigations menées permettent la poursuite et la condamnation de personnels des plus grands camps tels celui d'Auschwitz à Francfort en 1965. De même, la justice peut sanctionner des atrocités commises dans les ghettos de Riga et Lukow, ou encore perpétrées par la *S.S.* ou la *S.D.* à Lublin, Minsk, etc. La création et le fonctionnement de cette structure initient un *« rattrapage »* des lacunes de l'après-guerre, traduisant un *« sursaut de conscience »*[901] de la part des pouvoirs publics.

199. Dans le même élan, la communauté scientifique se saisit de la question de *« l'historicisation du nazisme »*[902], ce qui ouvre la voie à de nombreuses controverses. Ce nouveau débat entre scientifiques montre l'existence d'une problématique d'identité bien plus vaste, qui touche l'ensemble de l'Allemagne fédérale, dirigeants comme citoyens, et que plus personne ne veut occulter : *« quelle relation avoir avec l'Histoire ? »*[903]

B. L'OUVERTURE D'UN DEBAT ENTRE INTELLECTUELS : L'*HISTORIKERSTREIT*[904]

200. Apprendre à vivre avec le souvenir des crimes passés. Cette préoccupation est au cœur de *l'Historikerstreit*, controverse historiographique qui prend naissance au milieu des

---

900 Adalbert RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, op. cit., p. 185.

901 Jean-Luc BELLANGER, « Ludwigsburg, ville symbole », op. cit.

902 Martin BROSZAT et Saul FRIEDLÄNDER, « Um die « Historisierung des Nationalsozialismus » », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1988, II, pp. 339-372.

903 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 130.

904 Sur cette question, Rolf KOSIEK, *Historikerstreit und Geschichtsrevision*, Tübingen, Grabert Verlag, 1987, 239p. ; *Devant l'histoire – Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, traduit de l'allemand par Brigitte VERGNE-CAIN et al., Ed. du Cerf, Coll. Passages, 1988, 353p. Voir également Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, op. cit., pp. 284-287. Pour une présentation globalisante et récente, Gilbert MERLIO, « Le débat autour de *Das Amt* - Suites et fin des querelles d'historiens en Allemagne ? », *Le Débat – Histoire, politique, société* n° 168, janvier-février 2012, pp. 91-105.

années 1980 en R.F.A. A cette période, l'Etat connaît une phase ostensible d'intensification de la pratique de la mémoire, comme en témoignent les paroles du chancelier Kohl à Bergen-Belsen, le 21 avril 1985 : *« la réconciliation avec les survivants et avec les descendants des victimes n'est possible que si nous acceptons notre histoire telle qu'elle a réellement été (…) »*[905]. Comment expliquer ce phénomène alors que la réflexion sur le nazisme n'a pas été totalement refoulée par les intellectuels[906], dans les premières années post-conflit ?

Dès l'écroulement du III[ème] *Reich*, plusieurs ouvrages[907] ont été diffusés, traitant des causes de l'avènement du *Führer* – notamment de la question de la continuité de l'histoire allemande du *Reich* de Bismarck au *Reich* d'Hitler[908] – et des conséquences désastreuses de sa politique. En 1949, l'*Institut für Zeitgeschichte* (Institut d'histoire contemporaine) est mis en place à Münich, pour favoriser le débat d'idées public sur ces éléments. Quant à la révolte des années 1960-1970, elle voit son lot de publications, certes parfois *« plus journalistique ou propagandiste que scientifique »*[909] mais avec véritable impact sur toute la population. Cependant, à mesure que le temps éloigne les crimes et que les acteurs du conflit disparaissent, l'ère nazie, aussi traumatique soit-elle, devient une période révolue du passé pour la jeunesse allemande. Si l'on ajoute à cela l'exhortation d'Helmut Kohl à un

---

905 *« Versöhnung mit den Hinterbliebenen und den Nachkommen der Opfer ist nur möglich, wenn wir unsere Geschichte annehmen, so wie sie wirklich war (…). »* (Traduction proposée). Discours disponible **[en ligne]** sur http://www.helmut-kohl-kas.de/index.php?menu_sel=17&menu_sel2=&menu_sel3=&menu_sel4=&msg=1344 (consulté le 5 avril 2014).

906 Partageant cette opinion, Joseph ROVAN, « Introduction – Le débat sur l'histoire allemande », in *Devant l'histoire – Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, op. cit., p. XIX. L'auteur va même très loin, estimant que *« nulle part dans le monde, et jamais problablement dans l'histoire, un Etat n'a fait autant d'efforts pour amener un peuple à ne pas récuser (…) sa responsabilité collective »* (p. XX).

907 Parmi lesquels Friedrich MEINECKE, *Die deutsche Katastrophe : Betrachtungen und Erinnerungen*, Wiesbaden, E. Brockhaus, 1946, 177p. ; Ludwig DEHIO, *Deutschland und die Weltpolitik im 20. Jahrhundert*, Munich, R. Oldenbourg, 1955, 155p.

908 Notamment les ouvrages de Fritz FISCHER, dont le premier, *Griff nach der Weltmacht, Die Kriegszielpolitik des kaiserlichen Deutschland 1914/18* (Düsseldorf, Droste, 1964, 902p.) attribue à l'Allemagne la responsabilité déterminante de l'explosion de la Première Guerre mondiale.

909 Joseph ROVAN, « Introduction – Le débat sur l'histoire allemande », in *Devant l'histoire – Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, op. cit., p. XX.

« tournant » (*Wende*[910]) intellectuel et moral, le besoin de reconstruire l'identité de cette nouvelle Allemagne se fait de plus en plus pressant. Avec cette nécessaire prise de recul temporel et *de facto* psychologique, le passé nazi semble alors *« à la disposition des comparatistes »*[911].

201. C'est à partir d'une contribution d'Ernst Nolte[912] que la discussion s'amorce. En juin 1986, paraît un article intitulé *« Die Vergangenheit, die nicht vergehen will »* : « le passé qui ne veut pas passer ». Le philosophe et historien y remet clairement en cause la singularité de l'idéologie national-socialiste. D'une part, elle a été précédée par les crimes du bolchevisme. Il affirme en effet que le *« meurtre pour raison de race »* des camps d'extermination aurait été perpétré en réaction au *« meurtre pour raison de classe »* du système du Goulag. Le fascisme aurait été un recours pour le peuple allemand menacé. D'ailleurs, dans la pensée d'Hitler, l'apparition de l'antimarxisme est antérieure à celle de l'antisémitisme. Le *Führer* lui-même n'a-t-il pas parlé de complot « judéo-bolchevique » ? D'autre part, le stalinisme et le national-socialisme ont en commun d'avoir désigné une minorité d'ennemis du peuple, responsable de tous les maux de la société et devant être éliminée[913]. Cette thèse « relativiste »[914] ne manque pas de déclencher une vague de critiques. On l'accuse de minimiser les actes du régime nazi par comparaison. Les récriminations les plus virulentes sont celles de Jürgen Habermas. Dans une réponse courte publiée en juillet 1986[915], il rejette totalement la position de Nolte qui cherche, selon lui, à

---

910 *Die Wende* désigne le processus de changement social et politique qui, dans le contexte de la chute des régimes communistes d'Europe, a conduit la R.D.A. à la fin de la dictature du S.E.D. et a permis la réunification allemande.

911 Joseph ROVAN, Ibidem p. XXII.

912 *FAZ*, 6 juin 1986. Présentation de l'article par Rolf KOSIEK, *Historikerstreit und Geschichtrevision*, op. cit., p. 49 et suivantes.

913 C'est pourquoi il parle de *« guerres civiles »* pour définir ces deux régimes. Pour de plus amples explications sur les rapprochements qu'il opère entre eux, Ernst NOLTE, *La guerre civile européenne, 1917-1945. Bolchevisme et national-socialisme,* traduit de l'allemand par Jean-Marie ARGELES, Syrtes, 2000, 665p.

914 Dite parfois *« théorie fonctionnaliste »*. Cf. Nicolas OFFENSTADT, *Les mots de l'historien*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2005, pp. 64-65.

915 Jürgen HABERMAS, « Ein Art Schadenabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung », *Die Zeit*, 11 juillet 1986. Pour une analyse de l'article, Rolf KOSIEK, *Historikerstreit und Geschichtrevision*, op. cit., p. 69 et suivantes.

blanchir le passé allemand. La Solution finale n'est que la concrétisation des idées diaboliques d'Hitler, au centre de sa pensée depuis la publication de *Mein Kampf* et du système qu'il a mis en place[916]. Le philosophe en profite également pour dénoncer les propos d'autres intellectuels tels Michael Stürmer qui a écrit quelques mois plus tôt : *« la recherche de l'histoire perdue ne correspond pas à une soif abstraite de culture ; elle est moralement légitime et politiquement nécessaire. Car il y va de la continuité interne de la République allemande et de sa fiabilité en politique extérieure. Tout est possible dans un pays sans mémoire »*[917].

202. La polémique est lancée. Elle s'articule autour de quatre grands points : l'unicité du III[ème] *Reich*, la légitimité de le traiter comme tout autre segment de l'histoire et celle de questionner le nombre de victimes, la relativisation dans la démarche historique. Il faut se garder de toute interprétation hâtive des termes de cette « querelle ». Aucun des historiens impliqués ne nie l'existence et la teneur des crimes nazis, comme peuvent le faire à la même époque Faurisson ou Roques en France[918]. En revanche, ils donnent des interprétations divergentes de la nature et de la place du nazisme dans le récit germanique. En d'autres termes, ce sont les méthodes de traitement de l'histoire comtemporaine qui sont à l'origine de la discorde. Nolte et ses disciples[919] plaident pour une analyse de l'épisode 1933-1945 comme objet sociologique, au-delà de la seule dénonciation morale du nazisme en tant que mal absolu. Il ne s'agit pas d'indulgence à l'égard des criminels, mais bien d'adopter une approche rationnelle, dépouillée de toute dimension émotionnelle et donc plus compatible avec la méthodologie historiographique. A l'opposé[920], on fustige

---

916 C'est la théorie dite *« intentionnaliste »*. Cf. Nicolas OFFENSTADT, *Les mots de l'historien*, op. cit.

917 *« Die Suche nach der verlorenen ist nicht abstraktes Bildungsstreben : sie ist moralisch legitim und politisch notwendig. Denn es geht um die innere Kontinuität der deutschen Republik und ihre aussenpolitische Berechenbarkeit. In einem Land ohne Erinnerung ist alles möglich. »* (Traduction proposée). Cf. Michael STÜRMER, « Geschichte in geschichtslosen Land », *FAZ*, 25 avril 1986.

918 Voir supra §178.

919 Au premier rang desquels l'historien Andreas Hillgruber, le coéditeur du journal qui a publié le premier article de Nolte, Joachim Fest, et Wolfgang Schuller, professeur à Constance.

920 On retrouve ici des auteurs tels Rudolf Augstein, rédacteur en chef du *Spiegel*, Eberhard Jäckel, professeur à Stuttgart, et Hans Mammsen, historien à Bochum.

« les tendances apologétiques de l'historiographie allemande récente »[921], qui frôlent l'inacceptable. Comment tolérer qu'Auschwitz soit décrit comme un simple *« processus technique »*[922] ? La singularité du judéocide ne peut être remise en cause ; c'est la première fois qu'un Etat déclare un groupe d'individus indigne de vivre et utilise des moyens technologiques de grande envergure pour l'exterminer. Au surplus, la culpabilité allemande est la seule chance pour le pays *« d'extirper son principal démon »*[923], c'est-à-dire d'éviter qu'il n'endommage les relations forgées avec l'Occident après-guerre pour se retourner vers l'Europe centrale détruite. Enfin, au milieu de cette « guerre des tranchées », une troisième voix[924] tente de se faire entendre, qui prône le droit au pluralisme des idées et de la science. Une synthèse entre les deux courants est proposée : la culpabilité doit être partagée entre Hitler, qui a donné l'impulsion cruciale à la Solution finale, et l'administration nazie, dont le rôle actif et l'ingénuosité ont fait aboutir le projet.

203. Entre 1986 et 1989, ce n'est pas moins de 1.000 articles de presse et 36 ouvrages qui sont publiés[925] pour défendre ces différentes théories, ou plutôt pour « détruire » celles des adversaires scientifiques, par des attaques parfois outrancières et personnelles. Quoi qu'il en soit, un processus d'émancipation des schémas classiques est initié, qui conduit à une historicisation du passé. La réinterprétation est désormais admise, sans être immédiatement jugée « néo-nazie » ou « révisionniste » au sens négatif du terme[926]. De plus, la publicité donnée au débat permet à la population d'y participer et de l'intégrer dans sa recherche d'identité. Les conséquences de la controverse dépassent donc largement les limites de la communauté scientifique. A l'intérieur de l'Allemagne fédérale, *l'Historikerstreit* prend même une coloration politique à l'occasion des élections au

---

921 *« Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung »* (Traduction proposée). Cf. Article de Jürgen HABERMAS précité.

922 *« technischen Vorgangs »* (Traduction proposée). Cf. Ibidem.

923 Luc FERRY, Préface de *Devant l'histoire – Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, op. cit., p. XIV.

924 Notamment Thomas Nipperdey, professeur à Munich, et Hagen Schulz, historien à Berlin.

925 Chiffres de Gilbert MERLIO, « Le débat autour de *Das Amt* - Suites et fin des querelles d'historiens en Allemagne ? », op. cit., p. 93.

926 Qui est aussi le sens courant du terme en langue française, nous y reviendrons.

Bundestag de 1987, et ce, malgré les efforts pour éviter tout amalgame entre la querelle historique et la course électorale[927]. A l'extérieur des frontières, elle agit comme *« un sismographe de la conscience allemande »*, montrant que *« le passé se fane mais ne passe pas, et ne doit surtout pas passer »*[928].

204. A l'aube d'une nouvelle décennie, la mémoire du nazisme est donc bien vivante en République fédérale. Mais avec la réunification, il est à craindre que l'Allemagne doive de nouveau se confronter à son passé, pas uniquement nazi mais aussi communiste. Le risque est alors de voir le souvenir des atrocités d'Hilter affaibli, voire évincé de la conscience collective[929], pour être supplanté par celui de la « seconde dictature allemande »[930]. D'ailleurs, personne ne peut contester l'ampleur des crimes de l'est, de la famine politique à la purification ethnique, en passant par les exécutions sommaires et les camps de travail. Au début des années 1990, l'indignation que ces faits soulèvent est forte. Pour autant, la singularité de la Shoah n'est pas réfutée[931] : *« le passé communiste a entrainé des examens de conscience moins douloureux »* que l'Holocauste, *« peu d'anciens communistes (...) éprouvent une véritable honte »*[932]. La mémoire des crimes d'Hitler ne s'est pas estompée,

---

927 Gerd R. UEBERSCHÄR, « L'historiographie allemande dans l'ombre de Hilter – Présentation de la « Querelle des historiens » au sujet des origines et du caractère comparable des crimes nazis », in Gernot ERLER et al. *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 1988, p. 93. Selon lui, les revues conservatrices proches d'Habermas ont utilisé la polémique pour remettre au centre de la mémoire collective les crimes staliniens, reprochant à l'Etat son ouverture vers l'est.

928 Extrait d'une communication de Fritz STERN, professeur à l'université de Columbia à New-York, devant le *Bundestag*, le 17 juin 1987, reproduite dans son ouvrage *Rêves et illusions : le drame de l'histoire allemande*, traduit de l'anglais par Jeanne ETORE, Albin Michel, Coll. Les grandes traductions, 1999, p. 335.

929 En ce sens, Jürgen KOCKA, « La réunification et la recherche historique allemande », *Vingtième Siècle – Revue d'histoire* n° 34, avril-juin 1992, p. 35.

930 Expression fréquemment employée pour viser le communisme. Voir notamment Sandrine KOTT, « La R.D.A. dans la recherche historique allemande. De la « Seconde dictature » à l'histoire politique du quotidien », *Matériaux pour l'histoire de la notre temps* n° 68, 2002, pp. 24-29 ; Michel CHRISTIAN et Emmanuel DROIT, « Ecrire l'histoire du communisme : l'histoire sociale de la R.D.A. et de la Pologne communiste en Allemagne, en Pologne et en France », *Génèses* n° 61, 2005/4, pp. 118-133.

931 De cette opinion, Robert CONQUEST, *Le Féroce XX^{ème} Siècle – Réflexions sur les ravages des idéologies*, traduit de l'anglais par Pierre LORRAIN, Syrtes, 2001, p. 12 ; Charles S. MAIER, « Mémoire chaude, mémoire froide – Mémoire du fascisme, mémoire du communisme », *Le Débat – Histoire, politique, société* n° 122, 2002/5, pp. 109-117.

932 Charles S. MAIER, Ibidem, p. 116.

contrairement à celle des crimes staliniens. De nombreux écrits[933] ont depuis longtemps présenté la répression idéologique, les purges et les camps soviétiques comme au moins aussi monstrueux que la « Solution finale », mais *« l'horreur décroît, la passion retombe »* : *« non que le public ignore les faits, c'est la révolte morale qui refroidit »*[934].

A l'inverse, le génocide juif fait figure d'emblème dans la mémoire nationale, comme le prouve l'aménagement continuel des sites de commémoration[935], par exemple. D'ailleurs, il ne peut être anodin que les partis politiques post-communistes, en Allemagne comme partout, soient des concurrents *a minima* tolérés là où les partis d'extrême droite suscitent toujours la vindicte populaire.

205. En résumé, la R.F.A. s'est trouvée dans la nécessité de se comporter, aux yeux de tous, comme une démocratie renouvelée et solide. Le rapprochement avec les régimes occidentaux a poussé l'Etat fédéral à adopter une attitude anti-totalitaire. A l'intérieur de ses frontières, la révolte de la jeunesse, qui ne se sent pas personnellement coupable mais qui veut tout simplement savoir, a conduit les autorités à déployer d'importants moyens pour traiter les crimes racistes. A travers la « Querelle des intellectuels », l'Allemagne a montré qu'elle était en quête d'une plus grande sincérité dans la représentation de son

---

933 Dont l'ouvrage d'Hannah ARENDT, *Le système totalitaire,* Tome III – Les origines du totalitarisme, paru en 1951 aux Etats-Unis (Ed. Harcourt, Brace and co.) et réédité en langue française en 2005 (traduit de l'américain par Jean-Loup BOURGET, Robert DAVREU et Patrick LEVY, Seuil, Coll. Points – Essais, 2005, 380p.).

934 Charles S. MAIER, « Mémoire chaude, mémoire froide – Mémoire du fascisme, mémoire du communisme », op. cit., p. 110-111. C'est pourquoi l'auteur parle de *« mémoire chaude »* pour désigner la mémoire de l'Holocauste, et de *« mémoire froide »* pour désigner celle du communisme.

935 De nombreux sites ont été aménagés à compter des années 1960-1970 (mémorials de Dachau, de Bergen-Belsen, inauguration du centre de documentation sur le régime nazi à Neuengamme, etc.) et continuent d'être aménagés après la réunification (inauguration du musée-mémorial de la villa de Wannsee en 1992, monument expiatoire éphémère de Jochen Gerz sur la place du château de Sarrebruck en 1993). Nous souhaitons souligner ici l'importante exposition « *Topographie des Terrors* » (en français, « Topographie de la terreur »), initialement conçue par l'historien Reinhard Rürup et inaugurée en 1986 sur le terrain Prinz Albrecht à Berlin. Ce lieu fut le siège de la Gestapo entre 1933 et 1945 et, à partir de 1939, du *Reichssicherheitshauptamt* et de la direction de la *S.S.* Des panneaux en plein air documentent l'histoire de ce centre névralgique de la politique d'Hitler. De plus, à l'intérieur du musée rénové en 2010, une exposition très complète traite du réseau minutieusement mis en place par les nazis et de la politique d'extermination des Juifs, Sintis, Roms et autres déclarés « indignes de vivre ». Catalogue de l'exposition disponible en langue allemande ou anglaise : *Gestapo, S.S., und Reich security main office on Wilhelm and Prinz-Albrecht Strasse – A documentation – Topography of Terror*, Berlin, Stiftung Topographie des Terrors, 2010, 431p.

histoire. En somme, la « liquidation » du passé nazi, réalisée en réponse au contexte interne et international, a consisté à affronter les crimes relevant de la politique discriminatoire d'Hilter et à définir plus clairement la place du nazisme dans l'identité allemande.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

206. Au terme de ce chapitre, le constat est aisé : de part et d'autre du Rhin, en vingt-cinq ans, il s'est opéré un véritable changement d'état d'esprit, impulsé par la nouvelle génération qui refuse les diktats officiels. L'appel lancé à plus de sincérité dans la conception du second conflit mondial a bien été reçu puisqu'il a trouvé des prolongements effectifs dans les discours politiques et scientifiques, également dans le domaine juridique. Mais l'évolution n'a pas eu des effets identiques dans les deux Etats.

En France, il convient de saluer la nouvelle prise en compte des exactions racistes, trop longtemps occultées. Cependant, on n'a pas vraiment fait preuve du « sang-froid » demandé tant il semble que l'on soit passé « d'un extrême à un autre », du silence absolu sur les crimes discriminatoires nazis à une certaine « obsession » pour la mémoire du judéocide, *« paradigme du traumatisme »*[936] s'il en est. Le mythe glorieux de la France victorieuse n'est plus. Si la question de Vichy reste, elle, au cœur des débats, ce n'est que pour mieux appuyer la politique antisémite allemande relayée dans l'hexagone. N'est-ce pas tomber dans une *« nouvelle vision trop systématique »*[937] ?

En Allemagne fédérale, ce constat nous paraît moins flagrant. En effet, en même temps que le souvenir historique se faisait plus intense grâce notamment au travail de la *Zentrale Stelle*, l'image du passé gagnait en nuances. La controverse scientifique des années 1980 a

---

936 Didier FASSIN et Richard RECHTMAN, *L'empire du traumatisme : Enquête sur la condition de victime*, Flammarion, 2007, p. 34.

937 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 162.

offert la possibilité à la communauté historienne de réinterpréter les événements de la Seconde Guerre mondiale sans forcément être taxée d'un révisionnisme abject. On peut voir dans cette différence le signe que le statut post-conflictuel des deux Etats a toujours de l'importance. Bien que la R.F.A. ait retrouvé sa souveraineté et sa puissance économique, elle a encore beaucoup à prouver.

207. En tout état de cause, *« le voile a été levé et, dans un mouvement de balancier assez banal, le génocide des Juifs a progressivement occupé une place centrale, tant dans le champ de l'historiographie que dans celui des représentations collectives »*[938]. Cela ne peut qu'avoir un impact direct sur les procédures répressives engagées et menées au cours de cette période.

938 Anne GRYNBERG, « Une mémoire saturée ? », *Les Cahiers de la Shoah* 2002/1, n° 6, p. 123.

CHAPITRE II.

INCIDENCES SUR LES PROCÉDURES PÉNALES

« L'intrusion du politique dans le judiciaire est patente. Plus on grimpe dans l'échelle du crime, plus cette intrusion se manifeste »[939].

208. La réapparation du crime contre l'humanité dans la mémoire collective en France et l'approfondissement de son étude en Allemagne fédérale ont mis en exergue la nécessité d'une intervention judiciaire. Le « recul » pris – quoique ce terme soit certainement inapproprié pour qualifier la situation française – doit maintenant trouver une réponse dans des procédures répressives. Il est indispensable, sinon impératif, de les axer sur cette catégorie spécifique d'infractions qui, jusqu'à présent, a été négligée. Face au contexte global et à l'atmosphère ambiante, les attentes sont clairement établies : *« à côté du témoin de l'évènement passé, de l'homme politique qui en fait usage, du cinéaste qui le met en images et de l'historien qui le décortique, [doivent entrer en scène] le juge et l'avocat »*[940].

Mais en la matière, ainsi que le souligne Antoine Garapon, il faut encore tenir compte de contingences extérieures au droit, qui influent considérablement sur les orientations décidées. Partant, bien que l'exigence de pénalisation soit commune aux deux Etats, le traitement juridique initié par eux à compter du milieu des années 1960 diffère. La France opte pour une attitude qu'elle veut résolument ouverte au droit international, à tout le moins en apparence. Pour ce faire, elle engage un processus de « construction » de l'imprescriptibilité, autour de la notion de crime contre l'humanité qui, introduite dans le Code pénal, fait beaucoup couler d'encre en doctrine et en jurisprudence (Section I). La R.F.A., quant à elle, privilégie clairement son droit pénal interne. N'adoptant aucun nouveau texte, elle enserre la répression des crimes à caractère discriminatoire dans des contraintes liées au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, qui rendent son bilan mitigé (Section II).[941]

---

939 Antoine GARAPON, Frédéric GROS et Thierry PECH, *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001, p. 124.

940 Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* Seuil, Coll. Points – Histoire, 1990, p. 186.

941 Cette divergence de posture explique le déséquilibre quantitatif des développements qui vont suivre. On ne peut faire l'économie d'une étude approfondie du texte français et de la jurisprudence afférente, relatifs aux crimes contre l'humanité. Les deux appellent des réflexions importantes quant à leur comptabilité avec le droit international et les principes fondamentaux du droit pénal.

SECTION I

EN FRANCE : CONSTRUCTION DE L'IMPRESCRIPTIBILITE

> « Dorénavant, si l'on estime que des faits ne doivent pas échapper à la répression, il faut impérativement les qualifier de crimes contre l'humanité (…). Le risque existe alors de prendre en considération non les faits mais le but à atteindre. »[942]

209. Alors que les exactions racistes d'Hitler refont progressivement surface, l'annonce de l'Allemagne fédérale selon laquelle les crimes nazis encore punissables ne pourront plus être poursuivis à compter du 8 mai 1965[943], provoque une grande agitation en France. Cela est d'autant plus choquant que les premières condamnations prononcées à la Libération pour crimes de guerre par des juridictions françaises sont à la limite de la prescription[944]. Comment accepter que le temps produise un *« effet d'effacement au bénéfice des criminels encore vivants de la Seconde Guerre mondiale »*[945] ? Cet état de fait, intolérable[946], conduit

---

942 Pierre TRUCHE, « Les facteurs d'évolution de la notion de crime contre l'humanité », in Marcel COLIN (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, Erès, Coll. Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1996, p. 31.

943 Cf. supra §197.

944 En matière criminelle, la peine se prescrit par vingt ans à compter du jour de la condamnation définitive. Ainsi, dès le début de la décennie 1960, les criminels de guerre, non amnistiés par les autorités politiques, voient leurs sanctions éteintes par ce biais.

945 Michel MASSE, « Bilan d'une décennie : le crime contre l'humanité à la croisée des chemins », *R.S.C.*, 1991, p. 399.

946 Vladimir JANKELEVITCH résume la problématique de la manière suivante : *« Est-il temps de pardonner, ou tout au moins d'oublier ? Vingt ans sont, paraît-il, suffisants pour que l'impardonnable devienne miraculeusement pardonnable : de plein droit et du jour au lendemain, l'inoubliable est oublié. (...) Vingt ans : tel est le délai. Et c'est pourtant la première fois que les plus indifférents réalisent dans toute sa plénitude l'horreur de la catastrophe : oui, il leur a fallu vingt ans pour en réaliser les dimensions gigantesques (...). Et quant aux rescapés de l'immense massacre, ils se frottent les yeux : ils savaient, mais pas à quel point ; revenus de ces rivages lointains, ils se regardent en silence ».* Cf. *L'imprescriptible – Pardonner ? Dans l'honneur et la dignité*, Seuil, Coll. Points – Essais, 1986, pp. 17-18.

le législateur à se poser en des termes différents la question du traitement du contentieux né du conflit.

Soulignons d'emblée un certain décalage entre les « nouvelle attentes » de la population, qui découvre l'ampleur du trauma juif et refuse de le laisser plus longtemps impuni, et celles des parlementaires, dont beaucoup viennent des rangs de la Résistance et considèrent toujours les infractions commises à l'encontre des combattants comme étant les plus graves. Quoi qu'il en soit, tous sont conscients de la nécessité d'une intervention législative rapide, pour écarter l'application des principes juridiques traditionnels en vigueur. L'échelle des infractions de droit commun, auquel renvoie l'ordonnance du 26 août 1944[947], et le régime pénal qui leur est réservé n'apparaissent plus adéquats. Pour continuer à punir les actes du national-socialisme, il convient alors de recourir à l'incrimination née à Nuremberg spécialement pour eux, le crime contre l'humanité, et de lui appliquer un régime dérogatoire.

Cependant, cette notion n'existe pas en droit français. Avant donc de pouvoir l'utiliser dans de grands procès, au nombre de trois et à forte connotation symbolique, qui contribueront à institutionnaliser le régime victimo-mémoriel de la Shoah, il faut intégrer le crime contre l'humanité dans l'ordonnancement juridique interne : *« l'innommable doit être nommé pour procéder à la répression spécifique annoncée »*[948].

§ 1. L'INTEGRATION DE LA NOTION DE CRIME CONTRE L'HUMANITE

210. Concrètement, l'intégration de cette notion s'est réalisée par l'adoption – précipitée[949] et quelque peu *« improvisée »* selon Michel Massé[950] – de la loi n° 64-1326

---

947 A ce sujet, supra §§98-99.

948 Yann JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire n° 116, 2002, p. 6.

949 La proposition de loi a été déposée en juin 1964 devant l'Assemblée nationale. Votée en première lecture, elle a recueilli l'unanimité des deux chambres.

950 Michel MASSE, « L'évolution de la notion de crimes contre l'humanité », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire*, Ed. Autrement, Coll. Mémoires, 2002, p. 123.

du 26 décembre 1964 constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité[951], dont l'article unique dispose :

> « Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations-Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la Charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature. »

Ce texte législatif permet de consacrer la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité, dans le but de poursuivre la répression des atteintes les plus graves commis par les Allemands[952], au cours de la dernière guerre.

Cette *« intrusion »*[953] des crimes contre l'humanité, c'est-à-dire du droit pénal international dans le droit interne, doit être analysée avec la plus grande prudence. La création d'une nouvelle catégorie normative, quoi qu'imparfaitement définie, est une avancée notable qui rétablit un certain équilibre par rapport à la répression des actes de guerre ou de collaboration permise par l'ordonnance du 28 août 1944[954]. Pourtant, elle suscite la critique en ce qu'elle semble contredire le principe fondamental de non-rétroactivité du droit répressif. De même, la définition jurisprudentielle de son contenu n'est pas vraiment convaincante.

A. LA CREATION D'UNE CATEGORIE NORMATIVE PARTICULIERE

211. C'est la première fois qu'une disposition nationale utilise l'expression « crimes contre l'humanité ». Ce faisant, le législateur crée un *« droit pénal de l'horreur »*[955] et

---

951 *JORF*, 29 décembre 1964, p. 11788.

952 Dans les débats parlementaires, l'éventualité de l'application de cette loi à des auteurs ou complices français, anciens collaborateurs, n'est pas abordée. Seuls les ennemis étrangers sont directement visés. Voir le compte-rendu des débats devant l'Assemblée nationale en date du 16 décembre 1964, *JORF*, Déb. AN. CR., 17 décembre 1964, p. 6142.

953 Jean-François ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003, p. 389.

954 Contenu et application de cette ordonnance étudiés supra §§97-103.

955 Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 367.

délimite un nouvel *« espace d'incrimination »*[956], implicitement séparé des crimes de guerre puisque ceux-là ne sont pas visés par le texte. Cependant, cette catégorie n'est pas formellement définie. L'unique article de la loi n'opère qu'un renvoi lapidaire au droit international (résolution des Nations-Unies et Statut du TMI de Nuremberg). Les orateurs au Parlement n'avaient pas une position unanime sur le périmètre à donner à cette « espèce » inédite de crimes. Il faut dire que l'objectif du texte est d'ordre pratique ; il s'agit avant tout de pallier au plus vite les risques d'impunité induits par le droit pénal commun. En somme, *« l'apparition du concept de crime contre l'humanité n'[est] pas de l'ordre de la description, mais de l'ordre de l'action. Il [vise] à donner du sens à ce que l'on [va] faire : mettre en accusation des hommes, les juger et les condamner pour ce qu'ils [ont fait] et qui [est] si interpellant qu'il [faut] des mots nouveaux »*[957]. Partant, plus qu'une incrimination, le crime contre l'humanité est une *« qualification comparable à celle d'infraction politique ou de terrorisme, désignant un ensemble d'infractions, définies par ailleurs, pour les soumettre à un régime de répression spécifique »*[958].

A catégorie normative singulière, régime procédural particulier[959]. La loi du 26 décembre 1964 doit en effet être considérée comme un texte exorbitant du droit commun, parce qu'elle fait échec au principe traditionnel de la prescription extinctive. Cette affirmation soulève alors deux interrogations.

212. D'une part, quelle est l'étendue de l'imprescriptibilité ? Couvre-t-elle à la fois l'action publique et les peines prononcées ? La loi de 1964 n'apporte pas de réponse et la jurisprudence n'est pas vraiment éclairante. Tentons tout de même une synthèse.

---

956 Bruno GRAVIER, « Une actualité toujours cruciale », in Marcel COLIN (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, op. cit., p. 10.

957 Cette affirmation de Jacques FIERENS, à propos de la naissance de la notion de crime contre l'humanité à Nuremberg, nous semble d'autant plus vraie au sujet de son incursion en droit français. Cf. « La non-définition du crime contre l'humanité », *La Revue Nouvelle* n° 3, 2000, p. 37.

958 Michel MASSE, « Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie », *R.S.C.*, 1989, p. 798.

959 *« Même ainsi réduit à une catégorie pénale, le crime contre l'humanité n'est pas une catégorie scientifique, mais une catégorie normative, conférant à ce qui en [ressort] un régime particulier »*. Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 375.

Indubitablement, les justifications habituelles de la prescription tombent lorsqu'il s'agit de poursuivre ce type de comportements[960]. Le temps permet de rechercher les criminels en fuite partout dans le monde et de dépouiller de façon efficace les archives, plus qu'il ne fait disparaître les preuves. De plus, l'émotion soulevée par le crime ne s'estompe pas à mesure que les faits s'éloignent. Bien au contraire, l'absence de jugement indigne les victimes et la société dans son ensemble. Sur ce point, la Cour de cassation semble assez catégorique. Elle n'hésite pas à rejeter tout pourvoi formé en vue d'obtenir une remise en liberté sur le fondement de la prescription des faits poursuivis[961].

En revanche, que penser des arguments traditionnels relatifs à la prescription de la peine ? *« L'homme qu'on punit est-il le même que celui qui a péché ? Peut-on attendre qu'il s'amende ? Y a-t-il vraiment autre chose que la pure vindicte dans l'acharnement à faire souffrir un être, sans utilité pour lui ni pour la société ? »*[962]. Ni l'exposé des motifs, ni les travaux préparatoires de la loi de 1964 ne permettent de répondre avec certitude. La doctrine est partagée. Pour Merle et Vitu, le législateur a souhaité que les peines demeurent soumises au droit commun, puisqu'il ne fait état dans le texte que des « crimes »[963]. Claude Lombois, quant à lui, se base sur l'intérêt du procès pour les victimes – établir des faits, reconnaître une culpabilité et une imputabilité – pour affirmer que ce qui importe, c'est l'instance elle-même, indépendamment de la peine prononcée par la juridiction[964]. D'autres excipent au contraire qu'admettre l'imprescriptibilité de l'action publique sans l'imprescriptibilité des peines serait déraisonnable : *« les criminels les plus importants, ceux que tout le monde recherchait (...) et qui n'ont été condamnés que par contumace,*

---

960 *Contra*, Maurice GARÇON, qui estime que le caractère exceptionnel des crimes contre l'humanité *« n'enlève aucune valeur aux raisons qui ont fait admettre le principe de la prescription »* (Pierre MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude de droit international et de droit comparé,* Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, p. 57) et Simone VEIL, pour qui *« au bout d'un moment, les historiens doivent prendre la main »* (propos extraits de l'émission Polémiques du 2 novembre 1997, Antenne 2).

961 Cass. crim., 26 janvier 1984, n° 83-94.425, affaire Barbie ; *Bull. crim*., n° 34, p. 20 ; *Gaz. Pal.*, 1984, n° 102-103, p. 8, rapport LE GUNEHEC, conclusions DONTENWILLE ; *J.C.P. éd. G.*, 1984, II, 20197, note RUZIE.

962 Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 385.

963 Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel,* Tome I, Cujas, 7ème éd., 1997, p. 1045, note n° 2.

964 Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 385.

seraient aujourd'hui quittes ; sauf à trouver de nouveaux faits, par hypothèse marginaux. Mais on pourrait jusqu'à leur mort rechercher, interpeller, poursuivre et condamner les criminels de moindre ou de faible importance jusqu'ici demeurés dans un relatif anonymat »[965]. Ainsi, la logique voudrait que ce régime particulier s'applique aux deux éléments, conformément à l'esprit des dispositions légales[966].

La jurisprudence s'est prononcée bien tardivement et partiellement sur la question. Il faut attendre 1988 pour que la Cour de cassation déclare : *« le principe d'imprescriptibilité régit, en tous leurs aspects, la poursuite et la répression des crimes contre l'humanité »*. Elle explicite ensuite sa position : *« ce principe fait obstacle à ce qu'une règle de droit interne permette à une personne déclarée coupable de l'un de ces crimes de se soustraire à l'action de la justice en raison du temps écoulé, que ce soit depuis les actes incriminés ou depuis une précédente condamnation, dès lors que (…) aucune peine n'a été subie »*[967]. Cette réponse reste cependant lacunaire car la Chambre criminelle n'a pas discuté de l'imprescriptibilité des peines prononcées par contumace à la Libération[968]. En admettant que les sanctions infligées après-guerre aient atteint la prescription, la réponse aurait-elle été identique ? Les termes employés par la Cour sont suffisamment larges pour le penser, bien que les juges aient préféré ne pas trancher directement ce débat[969]. S'abritant derrière le caractère général du principe d'imprescriptibilité, ils retiennent que, en l'absence de peine subie, l'autorité de la chose jugée et la règle *non bis in idem* ne peuvent être utilement invoquées.

---

965 Michel MASSE, « Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie », op. cit., p. 800.

966 Partageant cette opinion, Jacques-Bernard HERZOG, « Etudes des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité », *R.S.C.*, 1965, p. 337.

967 Cass. crim., 3 juin 1988, n° 87-84.240 ; *Bull. crim*., n° 246, p. 637 ; *J.C.P. éd. G.*, 1988, II, 21149, rapport ANGEVIN ; *Gaz. Pal*., 3 novembre 1988, n° 307-308, conclusions ROBERT.

968 *« Elle n'avait d'ailleurs pas à le faire, une telle question relevant de la compétence de la Cour d'Assises »*, non saisie de la question par le ministère public dans cette affaire. Cf. Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », *JurisClasseur Pénal Code*, Art 211-1 à 213-5, fascicule 20, août 2010, p. 52.

969 Comme l'y invitait pourtant le pourvoi.

213. D'autre part, comment expliquer ce régime spécial alors que la prescription est une *« exception péremptoire d'ordre public »*[970] ? Plusieurs éléments de réponse peuvent être ici mis en avant.

D'abord, cela n'est en rien incompatible avec les principes fondamentaux qui régissent le droit pénal ; l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme[971] ne fait pas de l'acquisition de la prescription une liberté fondamentale[972]. Ensuite, la sanction des crimes contre l'humanité est une obligation née du *jus cogens*, à laquelle les Etats ne peuvent se soustraire. La prescription constitue un obstacle à cette répression voulue par la communauté internationale, dont la France ne peut arguer pour se soustraire à ses engagements[973]. Enfin, cette dérogation se justifie par la nature même des crimes en question. La gravité extrême des actes commis, le caractère idéologique des exactions relevant du plan concerté et l'atteinte profonde et durable à la dignité des victimes commandent l'imprescriptibilité. C'est pourquoi elle ne peut et ne doit concerner que les crimes contre l'humanité, à l'exclusion de toute autre infraction ou catégorie d'infractions, y compris les crimes de guerre : *« la prescription est de droit commun et ne peut être écartée que par une loi d'exception ; il y en a une pour les crimes contre l'humanité, il n'y en a pas pour les autres »*[974].

Si cette posture semble cohérente à l'égard des crimes et délits de droit commun, pour ce qui est des infractions internationales par nature autres que les crimes contre l'humanité, elle est plus ambigüe. A aucun moment le droit de Nuremberg, auquel il est fait renvoi dans la loi de 1964, n'a traité la question de la prescription. De ce silence, le ministre des Affaires étrangères, saisi en interprétation, a déduit que *« le seul principe en matière de*

---

970 Expression de Maurice GARÇON, lors d'une intervention devant l'Assemblée nationale, reprise par Pierre MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude de droit international et de droit comparé,* op. cit., p. 57.

971 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

972 Cass. crim., 26 janvier 1984, précité.

973 Jean-François ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, op. cit., pp. 395-396.

974 Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 385.

prescription des crimes contre l'humanité (...) est le principe d'imprescriptibilité »[975]. L'Accord de Londres, qui attribue compétence à la France pour réprimer les crimes contre l'humanité, ferait obligation tacite de ne pas tenir compte de la prescription. Mais de ce même silence, on conclut à l'inverse que la prescription doit rester de mise pour les autres infractions de l'article 6. Une brèche du droit international, deux significations opposées ; la contradiction laisse perplexe. Cela est d'autant plus déroutant que les arguments donnés à l'appui de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité peuvent tout à fait s'appliquer aux actes de guerre et d'agression : *« le texte du Statut traduit (...) la volonté primordiale (...) d'assurer le châtiment des criminels à l'égard desquels le Tribunal de Nuremberg a été constitué »*[976].

214. La hâte qui a procédé à l'élaboration du texte explique certainement ces lacunes et incohérences quant à la portée procédurale et matérielle de l'imprescriptibilité. Elles traduisent manifestement un dispositif « de réaction », « de circonstances », voté par des parlementaires acculés par l'opinion publique et soucieux de donner une bonne image de l'Etat. Malgré ces remarques, la loi serait encore acceptable si d'autres récriminations, davantage fondamentales au regard de la théorie du droit pénal, ne pouvaient être portées à son encontre.

B. LA CONTROVERSE SUR LA RETROACTIVITE INDUITE PAR LE TEXTE

215. L'intitulé de la loi du 26 décembre 1964, « tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », a suscité une importante controverse. Certains auteurs ont en effet relevé que le recours à l'outil législatif est inutile s'il se limite à « constater » ou « déclarer » un état de droit préexistant : *« le législateur crée le droit, il ne l'enseigne*

---

975 Conclusion de l'étude rendue le 15 juin 1979 par le ministre des Affaires étrangères, saisi par la Cour de cassation en interprétation officielle des textes internationaux, dans le cadre de l'affaire Touvier (Cass. crim., 30 juin 1976, n° 75-93.296 ; *Bull. crim*., n° 236, p. 620 ; *Gaz. Pal*., 1976, p. 699, note M. P. ; *J.D.I. Clunet*, 1976, p. 903, note RUZIE ; *J.C.P. éd. G*., 1976, II, 18435, rapport MONGIN ; *Dalloz*, 1977, Jurisprudence, p. 1, note COSTE-FLORET). Pour une présentation du raisonnement développé, voir le rapport LE GUNEHEC sur l'arrêt Cass. crim., 26 janvier 1984, précité.

976 Ibidem.

pas »[977]. Ce vocabulaire inappoprié sert en réalité à camoufler l'intention réelle du Parlement : *« déguiser une loi rétroactive dans un habit d'interprétation »*[978]. Au demeurant, ce texte est doublement rétroactif, en ce qu'il établit une nouvelle catégorie infractionnelle applicable à des faits déjà commis – et pour la plupart déjà atteints par la prescription de droit commun[979] – et lui assigne un régime juridique dérogatoire.

216. Quant à la notion de crime contre l'humanité, les parlementaires n'avaient peut-être pas l'intention de la créer de toutes parts. Pensaient-ils qu'elle préexistait dans l'ordre interne ? C'est en tout cas ce que la Chambre criminelle semble croire lorsqu'elle énonce que la loi de 1964 *« procède nécessairement du texte international sur lequel elle s'articule expressément »* et *« se borne à confirmer qu'est déjà acquise en droit interne, par l'effet des accords internationaux auxquels la France a adhéré, l'intégration à la fois de l'incrimination dont il s'agit et de l'imprescriptibilité de ces faits »*[980]. La formule de la Cour est audacieuse, elle revient à admettre l'introduction directe d'une infraction internationale en droit français. L'incrimination serait acquise par la réception, dans l'ordonnancement juridique interne, du Statut du TMI de Nuremberg, parce que *« les dispositions de cet accord et notamment celles qui contiennent la définition des crimes contre l'humanité s'imposent aux juridictions françaises (...) et ont même, conformément à la tradition constitutionnelle de notre pays, une autorité supérieure à celle des lois »*[981].

Certes, l'Accord de Londres avait été signé par le G.P.R.F. antérieurement à la Constitution de 1946 et n'avait pas à obtenir l'approbation ou la ratification du Parlement. Sa seule publication, par le décret de promulgation du 6 octobre 1945[982], était suffisante à

---

977 Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 374.

978 Ibidem.

979 Cette orientation est très claire dans les travaux préparatoires, qui montrent que les parlementaires souhaitent inclure dans les crimes contre l'humanité des faits commis avant 1945. Voir le compte-rendu précité des débats du 16 décembre 1964 devant l'Assemblée nationale, p. 6142 ; et celui des débats du 17 décembre 1964 devant le Sénat, *JORF*, Déb. Sénat CR., 18 décembre 1964, p. 2428.

980 Cass. crim., 26 janvier 1984, précité.

981 Propos du Conseiller MONGIN, Cass. crim., 30 juin 1976, précité.

982 Décret n° 45-2267 portant promulgation de l'accord entre le Gouvernement provisoire de la République française et les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de

son entrée en vigueur. Etait-ce pour autant un texte incriminateur valable en droit interne ?[983] Et à considérer cette hypothèse comme juste, pourquoi les juridictions françaises se sont-elles uniquement fondées sur l'ordonnance du 28 août 1944 qui diffère de l'article 6b du Statut pour condamner les criminels de guerre depuis la Libération ? Pourquoi ne pas avoir utilisé la qualification de crime contre l'humanité avant la loi de 1964 ? Le contexte politique – recherche d'unité nationale, glorification de la patrie combattante – constitue de toute évidence une première raison. Mais une autre explication a aussi été donnée par la jurisprudence : *« les condamnations à mort prononcées [après-guerre] l'ont été pour des faits qui constituaient des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, sans que cette distinction soit précisée, l'analyse n'ayant pas été faite à l'époque avec beaucoup de rigueur par la doctrine, puisque la question de la prescription ne se posait pas et que seules étaient visées dans ces procédures des infractions de droit commun »*[984]. Réponse franche s'il en est, elle n'est pas pour autant convaincante. Bien qu'obscure, une notion s'applique dès qu'elle est inscrite dans la loi. Ainsi, lorsqu'une peine sanctionne plusieurs infractions comprises dans une même poursuite, le jugement doit énoncer et qualifier chacune d'elles. Au surplus, le recours aux infractions traditionnelles n'empêchait en rien de les classer dans la catégorie « crimes contre l'humanité », comme on a pu le faire pour les infractions relevant des « crimes de guerre ».

217. Par conséquent, le crime contre l'humanité n'est devenu, par ricochet, une notion de droit français que parce que le législateur a décidé de lui attacher l'imprescriptibilité[985]. En ce sens, on ne peut soutenir que la loi de 1964 est seulement interprétative. Elle ne se contente pas de préciser le régime juridique d'une catégorie d'infraction préexistante ; elle rend visiblement rétroactive l'imprescriptibilité.

---

l'Irlande du Nord, et de l'Union des républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre et des puissances européennes de l'Axe, signé à Londres le 8 août 1945, *JORF*, 7 octobre 1945, p. 6314.

983 Pour une présentation de l'ensemble des arguments à l'encontre d'une telle affirmation, voir Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., pp. 372-373.

984 CA Lyon, Ch. acc., 4 octobre 1985, arrêt de mise en accusation de Klaus Barbie, inédit.

985 *« Nominor, ergo sum »*. Cf. Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 374.

Pourtant, la Chambre criminelle n'est pas de cet avis. Elle indique en effet que *« ladite loi, considérée isolément, ne contient en elle-même aucune disposition faisant expressément échec au principe fondamental de la non-rétroactivité des lois de répression »*[986]. Toutefois, son raisonnement se brouille lorsqu'elle casse l'arrêt déféré devant elle, pour manque d'élargissement de la recherche opérée par la Cour d'appel. Celle-ci ne s'est fondée que sur des dispositions internes sans rechercher si des normes ne permettaient pas l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale. Les hauts juges désignent l'article 7 §2 de la Convention EDH qui autorise, sous conditions, à déroger au principe de non-rétroactivité du droit pénal. Mais si la loi française n'est pas rétroactive, un tel argument perd toute son opportunité. Ils visent aussi le droit de Nuremberg qui pourrait venir au secours du texte de 1964. Cette allégation appelle deux remarques : *primo*, rappelons que le Statut ne parle pas de prescription ; *secundo*, à considérer que l'imprescriptibilité soit tacite dans l'Accord de Londres, elle n'en est pas moins rétroactive puisque applicable à des faits déjà réalisés. Partant, si la loi *« n'est point rétroactive directement, comme elle le serait en décidant de revenir sur les prescriptions acquises, elle l'est indirectement en rendant applicable en France le droit de Nuremberg qui procure le même résultat »*[987]. D'ailleurs, en affirmant que *« la portée de la loi du 26 décembre 1964 procède nécessairement du texte international sur lequel elle s'articule expressément »*[988], la Cour avoue implicitement cette incohérence.

218. Nul doute donc que le Parlement et le gouvernement voulaient ce texte et le voulaient rétroactif. Le vote à l'unanimité et l'absence de saisine du Conseil constitutionnel en font la preuve[989]. Ceci étant, en ne donnant des crimes contre l'humanité

---

986 Cass. crim., 30 juin 1976, précité.

987 Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 374.

988 Cass. crim., 26 janvier 1984, précité.

989 Bien qu'à l'époque, la saisine ne soit ouverte qu'au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents des deux assemblées.

qu'une acception expéditive par renvoi aux textes internationaux, le législateur a laissé aux juridictions, appelées à statuer en la matière, le soin de combler cet « espace vide ».

C. La definition jurisprudentielle du contenu

219. La tâche assignée aux juges – fixer la notion de crime contre l'humanité et, corrélativement, son domaine d'application – s'avère particulièrement complexe. Il ne faut pas moins de sept arrêts de la Cour de cassation, rendus dans les affaires Touvier, Leguay, Barbie et Boudarel, pour que ces éléments soient déterminés. Comme l'explique Marcel Colin, *« une des difficultés majeures (...) est de tenter de définir à la fois le contenu et les limites du concept en se méfiant du double risque d'extension et d'exclusivité. Extension abusive et banalisation si on l'[applique] indistinctement à tout ce qui suscite une légitime indignation (...). Mais d'autre part, faut-il se limiter exclusivement (...) à la Shoah qui représente la figure paradigmatique du crime contre l'humanité (...) ? »*[990] Force est de constater que les juges n'ont pas vraiment réussi ce « défi d'équilibre ».

1. D'une définition inexistante à une définition insatisfaisante

220. Selon la jurisprudence, les crimes contre l'humanité reposent donc sur le droit conventionnel, intégré dans l'ordre juridique interne. Néanmoins, il n'expose que des normes de comportement, des interdits pénaux. Ainsi, eu égard à l'absence de normes internationales de répression – c'est-à-dire à l'absence de contrainte –, une articulation est nécessaire avec les textes français qui prévoient les incriminations et les sanctions afférentes de droit commun[991]. En somme, l'article 6c du Statut de Nuremberg détermine des caractéristiques spécifiques que doivent présenter les infractions ordinaires pour entrer dans la catégorie normative des crimes contre l'humanité, susceptibles d'imprescriptibilité.

---

990 Marcel Colin, « Introduction » in Marcel Colin (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité,* op. cit., p. 13.

991 D'ailleurs, au-delà de la question de la norme de répression, il en va du respect de la légalité criminelle qui impose l'application de qualifications pénales précises et de peines proportionnées, préalablement déterminées.

Ce raisonnement est celui que tient, dans un premier temps, la Chambre criminelle, amenée à apprécier si les faits dénoncés sont ou ne sont pas des crimes de ce type. Dans un arrêt du 6 février 1975[992] relatif à l'affaire Touvier, elle déclare : *« les crimes contre l'humanité sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit*[993] *»*. Cette formule, reprise plusieurs fois par la suite[994], a été diversement commentée par les auteurs. Certains y ont vu la négation de la nature propre de ces crimes par la minimisation de leur dimension internationale et un risque de banalisation de ces infractions[995]. Mais il semble que la référence aux « crimes de droit commun » ait une toute autre signification, compte tenu du contexte de saisine de la Cour. En effet, elle devait se pencher sur la qualification à donner aux faits reprochés à Paul Touvier – crimes contre l'humanité ou crimes de guerre – pour régler une question de compétence – juridictions ordinaires ou juridictions militaires. Rappelant au passage que les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité diffèrent de ceux des crimes de guerre, elle indique qu'aucune juridiction spéciale n'a été prévue pour connaître des premiers, puisqu'ils sont des « crimes de droit commun » perpétrés dans des conditions particulières.

221. Cette première analyse n'est cependant que temporaire. L'affaire Leguay donne une première occasion à la Chambre criminelle de faire évoluer la notion de crime contre

---

992 Cass. crim., 6 février 1975, n° 74-91.949 ; *Bull. crim*., n° 42, p. 113 ; *Dalloz*, 1975, Jurisprudence, p. 386, rapport CHAPAR, note COSTE-FLORET ; *R.S.C*., 1976, p. 97, obs. VITU. Pour une analyse des tenants et aboutissants de cette première décision, Bernadette AUBERT, *Le droit international devant la Chambre criminelle (cinquante ans de jurisprudence)*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 1998, publiée aux P.U.F., Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2000, pp. 188-189.

993 *« Une seule réserve : ce mot « définit », bien optimiste (...) s'il signifie « donne une définition » »*. Cf. Claude LOMBOIS, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., note n° 21.

994 Notamment dans deux arrêts du 29 novembre 1988, n° 86-91.661 et n° 87-80.566, Lakhdar-Toumi et Yacoub, inédits ; dans l'arrêt Cass. crim., 31 janvier 1991, n° 90-87.177, n° 90-87.178 et n° 90-87.179, affaire Bousquet (*Bull. crim.*, n° 54, p. 132 ; *Dalloz*, 1991, Jurisprudence, p. 259, note BRAUNSCHWEIG) ; et dans l'arrêt Cass. crim., 23 janvier 1997, n° 96-84.822, affaire Papon (*Bull. crim*., n° 32, p. 86 ; *Dalloz*, 1997, Jurisprudence, p. 147, note PRADEL ; *Droit pénal*, 1997, comm. 38).

995 Sur ce point, voir Jean-Pierre DELMAS SAINT HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *Dalloz*, 1997, p. 250.

l'humanité. Bien que non menée à son terme pour cause de décès de l'accusé, elle a en effet permis de mieux délimiter le périmètre de cette catégorie d'infractions. Poursuivi notamment pour sa participation à la Rafle du Vel' d'Hiv', Leguay conteste la recevabilité de la constitution de partie civile à l'origine de l'action judiciaire. Dans son pourvoi, il soutient que l'Accord de Londres réservait la mise en mouvement de l'action publique au seul parquet et que le crime contre l'humanité, infraction nécessairement commise à l'encontre d'un groupe, ne pouvait conduire à la réparation d'un seul de ses membres. En octobre 1982, la Cour de cassation rejette sa requête, aux motifs que *« le caractère de crime contre une collectivité, qui résulte de la définition donnée par les instances internationales du crime contre l'humanité, n'[a] pas pour effet d'exclure l'éventualité d'un préjudice individuel »*[996].

222. Mais c'est surtout le contentieux Barbie qui génère une définition renouvelée[997] et élargie de la notion de crime contre l'humanité, par l'arrêt du 20 décembre 1985[998].

La Chambre d'accusation de la Cour d'Appel de Lyon[999], appelée à statuer sur différents faits commis par Klaus Barbie, avait déclaré n'y avoir lieu à continuer la procédure pour ceux qui avaient été perpétrés contre des résistants[1000]. Considérant ces derniers comme des combattants, les juges du fond estimaient que les actes commis à leur encontre relevaient des crimes de guerre, prescrits. La Cour de cassation était donc saisie par certaines parties civiles déboutées de leur action, pour la plupart des associations de résistants. Prenant le contre-pied des juges du fond, elle décide que les crimes en question peuvent être poursuivis. Pour justifier cette orientation, elle énonce : *« constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'article 6c du statut du Tribunal*

---

996 Cass. crim., 21 octobre 1982, n° 81-93.743, affaire Leguay ; *Bull. crim*., n° 231, p. 629.

997 Bernard EDELMAN dit même *« révolutionnaire »*, Cf. Note sous l'arrêt du 20 décembre 1985, *J.D.I. Clunet*, 1986, p. 151.

998 Cass. crim., 20 décembre 1985, n° 85-95.166, troisième arrêt Barbie ; *Bull. crim*., n° 407, p. 1053 ; *J.C.P. éd. G*., 1986, II, 20655, rapport LE GUNEHEC, conclusions DONTENWILLE ; *Dalloz*, 1986, p. 500, note CHAPAR ; *R.G.D.I.P*., 1986, p. 1023, note ROUSSEAU ; *R.S.C*., 1987, p. 275, obs. LOMBOIS.

999 CA Lyon, Ch. acc., 4 octobre 1985, arrêt précité.

1000 Notamment à propos de l'internement en camp de concentration de résistants déportés.

Militaire International de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 – alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre, selon l'article 6b de ce texte – les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ».

Ce faisant, la Chambre criminelle donne sa propre interprétation de l'article 6c, particulièrement extensive. Juges du fond et juges de cassation sont d'accord sur le fait qu'il y a, dans le crime contre l'humanité, *« une entreprise criminelle collective de grande envergure qui constitue la mise en œuvre d'une politique. C'est ce que dit l'article [6c] en le liant à un crime de guerre ou contre la paix »*[1001]. La référence faite à des actes commis de façon systématique dans le cadre d'une politique d'Etat est tout à fait compréhensible. En revanche, la qualité de la victime semble ne plus avoir d'importance. Les mêmes faits commis à l'encontre de résistants peuvent donc tomber sous une double qualification ; seule la gravité intrinsèque de l'acte commis constitue le critère décisif et distinctif du crime contre l'humanité par rapport au crime de guerre. La gradation proposée par François de Menthon à Nuremberg est ici reprise : arrêter un résistant, acte illicite ; le torturer, crime de guerre ; le déporter, crime contre l'humanité[1002].

223. Il semble que les juges aient rendu une décision marquée par le fait et la compassion, plus que par l'esprit de la loi, en donnant du crime contre l'humanité une *« définition de circonstance »*[1003]. Ils ont trouvé choquant d'effectuer un « tri » parmi les personnes déportées. Comment opérer une sélection entre les résistants et les Juifs d'un

---

1001 Claude LOMBOIS, « Un crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 376.

1002 Cité par Claude LOMBOIS, Ibidem, p. 377, et expliqué par Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », op. cit., p. 24.

1003 Michel MASSE, « Du procès de Nuremberg à celui de Paul Touvier, en passant par l'affaire Barbie », op. cit, p. 797.

même convoi ?[1004] Ils ont tout simplement refusé cette discrimination que la population aurait très certainement jugée indigne[1005]. Et plutôt que de consacrer l'imprescriptibilité des crimes de guerre, ils ont préféré cet *« amalgame d'opportunité »*[1006] avec le crime contre l'humanité. Selon Yann Jurovics, *« l'utilisation de l'incrimination considérée comme la plus grave du droit pénal était une nécessité pratique, pour combler un vide répressif, plus précisément pour bénéficier d'un régime particulier »*[1007]. En somme, l'usage de cette qualification s'est faite pour des raisons utilitaires, dans un véritable *« tour de passe-passe juridique, historique et moral »*[1008].

224. L'inadéquation de cette jurisprudence avec les textes internationaux est tangible. Ces derniers prévoient en effet une protection spéciale des combattants par le droit des conflits armés. Relevons tout de même – à la décharge de la Cour – une certaine proximité entre les définitions des deux infractions, données par le Statut de Nuremberg :

> « - article 6b : les crimes de guerre, c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limités, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements de prisonniers de guerre ou de personnes en mer, l'exécution d'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.
>
> - article 6c : 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

---

1004 Sur ce point, voir les conclusions de l'avocat général DONTENWILLE précitées : *« Je ne peux m'empêcher de penser au convoi n° 14.166 et (...) à tous ceux qui y étaient déportés dans les conditions atroces que l'on sait, unis dans la même souffrance et la même horreur. Est-il possible que le souvenir de leurs noms mêmes et de leur sort affreux soit tronqué, disjoint, à raison de critères juridiques discutables ? (...) Il y a eu ce jour-là unité de temps, de lieu, de méthodes, de destination fatale en cette tragédie »*. Extraits reproduits par Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », op. cit., p. 24.

1005 *« Est-ce pour prévenir les effets désastreux et lamentables que la Chambre criminelle (...) décida de donner du crime contre l'humanité une définition plus large ? On peut le penser »*. Jean-Marc THEOLLEYRE, « Le procès de Klaus Barbie », *Le Monde*, n° spécial, 5-6 juillet 1987.

1006 Expression de Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », op. cit., p. 22.

1007 Yann JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité,* op. cit., p. 176.

1008 Michel ZAOUI, « Droit et mémoire », *Controverses* n° 2, juin 2006, p. 47.

> 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 des pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal (crime de guerre ou crime d'agression), ou en liaison avec ce crime. »

Dans l'esprit des rédacteurs de la Charte, le crime contre l'humanité n'avait pas d'existence autonome : il devait être commis dans un contexte de guerre, et consécutif à (ou en lien avec) un crime de guerre ou contre la paix. En outre, même si on peut déceler un critère de distinction dans le fait que le crime contre l'humanité n'est constitué que d'atteintes aux personnes contrairement au crime de guerre, certains actes matériels (comme la déportation et l'assassinat) leur sont communs. De même, comme le remarque Mireille Delmas-Marty, le TMI a de toute évidence refusé de donner un critère clair de différenciation : *« quant aux crimes commis au cours des hostilités, le tribunal a soigneusement évité d'opérer une distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité, préférant retenir pour la plupart des accusés les deux chefs d'accusation »*[1009]. C'est dans cette perspective qu'Antoine Garapon a pu parler, pour désigner le crime contre l'humanité, de *« codicille du crime de guerre »*[1010]. Souvenons-nous aussi de la phrase de Donnedieu de Vabres : *« la catégorie de crimes contre l'humanité, que le statut avait fait entrer par la petite porte, s'est volatilisée du fait du jugement »*[1011].

Cependant, la position de la Cour de cassation dans l'arrêt de 1985 est différente, et même opposée : désormais, les crimes de guerre sont absorbés par la catégorie des crimes contre l'humanité. Au regard de la théorie juridique, cela est tout à fait insatisfaisant et malvenu[1012].

1009 Mireille DELMAS-MARTY, « L'interdit et le respect : comment définir le crime contre l'humanité ? », in Marcel COLIN (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité,* op. cit., p. 23.

1010 Antoin GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner – Pour une justice internationale,* Éditions Odile Jacob, 2002, p. 117.

1011 Cf. §107.

1012 *Contra*, Arnaud LYON-CAEN pour qui la Cour *« [a dégagé] les principes de Nuremberg de leur gangue initiale pour leur conférer la précision nécessaire à leur application en droit interne »* (Propos repris par Michel MASSE, « Du procès de Nuremberg à celui de Paul Touvier, en passant par l'affaire Barbie », op. cit., p. 798).

225. D'un côté, le critère de différenciation entre crime de guerre et crime contre l'humanité proposé par l'arrêt Barbie, à savoir l'atrocité plus ou moins marquée de l'acte criminel, n'est pas probant. Assurément, l'accomplissement systématique d'actes inhumains et de persécutions est une composante essentielle de l'élément matériel dans l'article 6c, mais il n'est pas suffisant à singulariser l'incrimination[1013]. La doctrine a relevé que le degré de monstruosité est indifférent sur la qualification dans les définitions données par le Statut[1014] : les *« mauvais traitements »* du paragraphe b peuvent s'entendre des *« actes inhumains »* du paragraphe suivant, tant les formulations sont générales ; la locution *« sans y être limitées »* permet *a priori* d'inclure dans les violations des lois et coutumes de la guerre toutes les exactions listées au paragraphe c ; l'assassinat est commun aux deux types de crimes ; quant à la déportation en vue de l'extermination, elle est qualifiable crime contre l'humanité mais aussi crime de guerre, de par la mention *« déportation pour des travaux forcés ou tout autre but »*. De plus, la jurisprudence de Nuremberg a admis qu'un même acte puisse être doublement qualifié crime de guerre et crime contre l'humanité. Ainsi, le *crescendo* de François de Menthon ne garantit pas une distinction effective de ces deux catégories infractionnelles[1015].

226. D'un autre côté, l'élément moral du crime contre l'humanité paraît dévoyé par la Cour de cassation. Essentielle, cette constituante confère à l'infraction sa coloration particulière en droit international et justifie son imprescriptibilité en droit interne. L'auteur n'est pas seulement animé par un dol général ; son intention délictueuse est tendue vers un résultat déterminé : *« atteindre, par l'un quelconque des moyens [énoncés au point c], la race, la religion, le système politique ou l'idée directement visée à travers l'individu »*[1016].

1013 *Contra*, Jean GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », *R.C.A.D.I.*, 1950, vol. I, p. 545 et suivantes.

1014 Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », op. cit., p. 26.

1015 D'ailleurs, comment apprécier ce qui est de l'ordre de *« l'inadmissible coupable »* et de *« l'inadmissible absolument »* ? Cette distinction semble tout aussi *« nauséeuse »* que celle qui tient à l'attitude passive ou active des victimes. Cf. Claude LOMBOIS, « Un crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 378.

1016 Jean GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », in Léon CORNIL (sous la dir.), *Actes de la VIII*ème *Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, Ed. Pédone, 1949, p. 155.

L'élément psychologique procède donc de la qualité de la victime, qui appartient à un groupe déterminé et tenu pour inférieur. Or, comme le souligne Alain Finkielkraut, *« ce n'est pas la même chose d'être un ennemi et d'être un gibier »*[1017]. Le gouvernement, interrogé dans le cadre de la procédure, a relevé l'incohérence : *« les crimes de guerre commis par Klaus Barbie sur la personne de résistants n'apparaissent pas comme des crimes contre l'humanité répondant à la définition qu'en donne l'article 6c de la Charte du TMI. (...) Parce qu'ils se sont dressés contre le régime de Vichy et l'occupation, les résistants sont des combattants volontaires, qualité qu'ils ont toujours revendiquée hautement »*[1018]. Certains auteurs ont alors tenté une voie médiane, estimant qu'il fallait distinguer, au sein des opposants, ceux qui combattaient la politique anti-juive (victimes par accessoire d'un crime contre l'humanité) et les résistants qui bataillaient contre l'occupation germanique et la politique de guerre allemande[1019]. Mais même à retenir cette classification, l'arrêt du 20 décembre 1985 est manifestement infondé puisque les juges n'ont pas traité séparément les deux « statuts ».

En toute hypothèse, il ne suffit pas que l'auteur ait accompli les exactions *« au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique »*. Cette référence renvoie plutôt à la *conspiracy* anglo-saxonne, introduite dans l'article 6 du Statut pour régler un problème de compétence. En l'absence de textes internationaux préexistants aux faits commis par les nazis, la répression des crimes contre l'humanité nécessitait de les lier à la conduite des hostilités, régie par les lois et coutumes de la guerre[1020]. Bien sûr, l'agent doit avoir conscience de s'associer à la politique délictuelle étatique[1021] mais cet aspect ne peut

---

1017 Alain FINKIELKRAUT, *La mémoire vaine – Du crime contre l'humanité,* Gallimard, Coll. NRF Essais, 1989, p. 45.

1018 L'exécutif a également rappelé que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, particulièrement rigoureux lorsqu'il s'agit de textes dérogatoires, interdit une appréciation extensive de la notion de crime contre l'humanité. Voir la réponse du ministre de la Justice n° 28728, *JORF,* Déb. AN. Q., 18 avril 1983, p. 1844, confirmée par la réponse n° 33010, *JORF,* Déb. AN. Q., 29 août 1983, p. 3782, toutes les deux citées dans le rapport LE GUNEHEC.

1019 Yann JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité,* op. cit., p. 171.

1020 Voir sur ce point, Henri MEYROWITZ, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1960, L.G.D.J., 1960, p. 30 et suivantes.

1021 A cet égard, la Chambre criminelle, dans un autre arrêt relatif à l'affaire Barbie du 3 juin 1988 (précité supra §212), explique que la conscience d'avoir pris part à un plan concerté *« constitue, non une*

se substituer à l'intention de tuer quelqu'un *« sous prétexte qu'il est né »*[1022]. La Chambre criminelle semble donc confondre contexte de commission et élément constitutif de l'infraction.

227. On le voit, l'assimilation entre victimes raciales et victimes combattantes ne se justifie pas, bien qu'elles aient fait front contre un persécuteur commun. Finalement, loin d'éclaircir la notion de crime contre l'humanité, la définition donnée par les juges suprêmes n'a fait qu'accroître son ambigüité. Pour reprendre les propos d'André Frossard, *« l'intention était bonne, l'effort méritoire, mais on songe au mot d'Aristote rendant une manière d'hommage à l'un de ses prédécesseurs en disant de lui qu'il avait été écrasé par le poids de la question qu'il avait soulevée »*[1023].

2. Un champ d'application injustement limité

228. La définition large donnée dans l'arrêt de décembre 1985 laissait une interrogation en suspens, celle du domaine d'application du crime contre l'humanité. En visant les crimes commis *« au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique »*, la Cour de cassation paraissait ouvrir la possibilité d'une telle qualification pour des infractions commises non seulement au cours de la Seconde Guerre mondiale mais aussi en dehors de ce seul conflit spécifique. C'était sans compter de nouvelles interventions de la Chambre criminelle dans le but, cette fois-ci, de restreindre le périmètre de l'incrimination visée par la loi du 26 décembre 1964.

---

infraction distincte ou une circonstance aggravante, mais un élément essentiel du crime contre l'humanité consistant en ce que les actes incriminés ont été accomplis de façon systématique au nom d'un Etat pratiquant (...) une politique d'hégémonie idéologique ».

1022 André FROSSARD, *Le crime contre l'humanité,* Robert Laffont, 1987, p. 69. L'auteur poursuit en disant : *« l'opposant pouvait cesser de s'opposer, le Juif ne pouvait cesser d'être Juif. (...) Il n'y avait pas d'autre charge retenue contre lui et il ne pouvait se disculper qu'en mourant ».*

1023 Ibidem, p. 13.

229. En 1988, suite à l'orientation prise dans l'affaire Barbie et après une première plainte déposée au début des années 1960 mais déclarée sans suite[1024], des familles de victimes de la décolonisation en Algérie se constituent de nouveau parties civiles. Elles voient dans l'extension de la notion de crime contre l'humanité et le régime dérogatoire qui lui est assorti une chance que leur action prospère. Néanmoins, la haute cour met rapidement fin à leurs espoirs, en déclarant le premier pourvoi irrecevable[1025] et en rejetant le second[1026]. Pour aboutir à de telles conclusions, elle s'appuie sur ce qu'elle a énoncé en 1975 : *« les crimes contre l'humanité sont des crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit »*. Partant, ils ne peuvent *« déroger aux règles de procédure et de compétence ordinaires dès lors que la loi n'a pas institué de dispositions spéciales pour leur poursuite et leur jugement »*.

Cette jurisprudence tranche très nettement avec les décisions précédentes, notamment au regard de la définition fixée trois ans plus tôt[1027]. Toutefois, ces deux arrêts n'ont pas pour objectif de revenir sur cet acquis, ils amorcent une délimitation *ratione temporis* de la notion de crime contre l'humanité.

1024 Et ce, en raison des décrets n° 62-327 et n° 62-328 du 22 mars 1962 portant amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne et amnistie de faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne, de la loi n° 66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie et autorisant la dispense de certaines incapacités et déchéances et de la loi n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie (évoquées supra note n° 693).

1025 Crim, 29 novembre 1988, arrêt Lakhdar-Toumi, précité.

1026 De la même date, arrêt Yacoub, précité. Analyse de ces deux arrêts par Pierrette PONCELA, « L'humanité, une victime peu présentable (à propos de deux arrêts inédits de la Chambre criminelle) », *Dalloz*, 1991, p. 229.

1027 *« Il y aurait alors, en droit français, deux sortes de crimes contre l'humanité : ceux qui tireraient de la loi de 1964 un régime particulier ; ceux pour qui cette catégorisation n'aurait que le sens d'une flétrissure morale, sans conséquence juridique »*. Cf. Claude LOMBOIS, « Un crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 378.

230. Cela devient beaucoup plus clair à la faveur d'une nouvelle décision Touvier, rendue le 27 novembre 1992[1028]. Cette fois-ci, le pourvoi était formé par le ministère public insatisfait d'une décision de non-lieu. Les juges du fond avaient considéré que les comportements en cause ne constituaient pas des crimes contre l'humanité, faute de plan concerté accompli en application d'une politique hégémonique[1029]. La Chambre criminelle casse l'arrêt d'appel pour contradiction de motifs : la juridiction inférieure ne pouvait rejeter la qualification de crimes contre l'humanité tout en affirmant que les actes avaient été *« perpétrés à l'instigation d'un responsable de la Gestapo, organisation déclarée criminelle comme appartenant à un pays ayant pratiqué une politique d'hégémonie idéologique »*. En effet, *« aux termes de l'article 6 du Statut de Tribunal militaire international de Nuremberg, les auteurs ou complices de crime contre l'humanité ne sont punis que s'ils ont agi pour le compte d'un pays européen de l'Axe »*. La formule « ne... que… » est explicite : seuls les pays relevant de l'Axe sont concernés par l'incrimination de l'article 6c, à l'exclusion de tous les autres. A travers cet ajout prétorien, on comprend mieux le sens caché des arrêts de 1988 relatifs aux exactions commises en Algérie.

Quelques mois plus tard, la Chambre criminelle a l'occasion de réitérer avec force sa position, dans une affaire relative à la guerre d'Indochine[1030]. Georges Boudarel, commissaire politique, était suspecté de crimes contre l'humanité réalisés entre 1952 et 1954 dans des camps de prisonniers. Nonobstant des réquisitions contraires du parquet, qui estimait que l'amnistie couvrait toute la période litigieuse dans cette région du monde, le juge d'instruction avait ouvert une information à son encontre. La Chambre d'accusation devait infirmer l'ordonnance, non pas sur la qualification à donner aux faits déférés, mais en raison du caractère général de l'amnistie qui visait tous les crimes sans exception. La Cour de cassation, sans approuver l'argumentation de la Cour d'appel, va rejetter le pourvoi, en insistant sur les limites spatio-temporelles de la notion de crime contre

---

1028 Cass. crim., 27 novembre 1992, n° 92-82.409 ; *Bull. crim*., n° 394, p. 1082 ; *J.C.P. éd. G*., 1993, II, 17977, note DOBKINE ; Voir également Michel MASSE, « L'affaire Touvier, l'échappée belle », *R.S.C*., 1993, p. 372.

1029 La Chambre d'accusation refusait de voir dans l'Etat français dirigé par Pétain plus qu'un *« Etat autoritaire »* ; Vichy n'était pas, selon elle, un *« Etat totalitaire »* (CA Paris, Ch. acc., 13 avril 1992, JurisData 1992-603920).

1030 Cass. crim., 1er avril 1993, n° 92-82.273 ; *Bull. crim*., n° 143, p. 351 ; *R.G.D.I.P*., avril 1994, n° 38, note ROBERT.

l'humanité : *« les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (...) ne concernent que les actes commis pour le compte des pays européens de l'Axe*[1031]*(...) ; ainsi, les faits dénoncés par les parties civiles, postérieurs à la Seconde Guerre mondiale, [ne sont] pas susceptibles de recevoir la qualification de crime contre l'humanité au sens des textes précités »*. Ce faisant, elle n'a pas à se prononcer sur l'éventualité d'une amnistie de crimes déclarés imprescriptibles, qui aurait été, à l'évidence, contraire à l'esprit même du texte de 1964 tel qu'inteprété par la Cour[1032].

231. Extensive quant à la définition, la jurisprudence est donc restrictive quant au domaine d'application du crime contre l'humanité[1033]. Le contraste est saisissant et ses conséquences pratiques, non négligeables. *Quid* des infractions relevant manifestement de cette catégorie mais qui ont été perpétrées depuis 1945 ? *« De cette construction juridique, il résulte que les crimes commis (...) hors du contexte nazi deviennent insaisissables par la justice, puisque l'incrimination en vigueur au moment des faits, l'article 6c du Statut du Tribunal de Nuremberg, est considérée comme inapplicable matériellement »*[1034]. Indubitablement, l'Accord de Londres ne concernait que la Seconde Guerre mondiale ; le TMI ne possédait compétence qu'à l'égard des infractions commises dans ce contexte.

1031 Ce qui exclut *de facto* les crimes commis au Japon.

1032 Selon Catherine GRYNFOGEL, *« il y a une contradiction à vouloir soumettre des infractions imprescriptibles, parce qu'inoubliables, à une loi d'amnistie qui, par définition même, en nierait l'essence profonde en les faisant bénéficier de l'amnésie légale. Cette contradiction est sans doute apparue à la Chambre criminelle qui (...) a contesté que les infractions reprochées à G. Boudarel soient qualifiables de crimes contre l'humanité »*. Cf. « Crimes contre l'humanité », op. cit., p. 53.

1033 Bernadette AUBERT remarque ici une lacune importante. En 1976, lorsqu'il s'agit d'analyser la portée de l'imprescriptibilité contenue dans le texte interne, les juges ont sursis à statuer et demandé l'avis du ministre des Affaires étrangères. En 1985, 1988, 1992 et 1993, alors qu'il faut interpréter le droit international pour définir la notion et fixer le champ d'application du crime contre l'humanité, le gouvernement n'est pas appelé en soutien. L'auteur y voit un affranchissement de la pratique traditionnelle qui veut qu'on ait recours à l'exécutif lorsqu'il faut éclaircir un concept éminemment international. Cf. *Le droit international devant la Chambre criminelle (cinquante ans de jurisprudence)*, op. cit., p. 188 et suivantes.

1034 Juliette LELIEUR, « L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal ? », *R.S.C.*, 2004, p. 37. L'auteur ajoute : *« et que la mise en œuvre des dispositions postérieures [sous-entendues celles qui seront adoptées avec la refonte du Code pénal en 1992], est exclue au nom du principe de non-rétroactivité de la loi plus sévère. Un véritable verrouillage jurisprudentiel… »*.

Mais *« cette première constatation ne doit pas préjuger de l'étendue du champ d'application de l'incrimination posée à l'article 6c puisqu'il n'est bien question (...) que de la compétence du Tribunal de Nuremberg* »[1035]. De plus, le Statut est silencieux sur la qualité des auteurs et notamment sur la question de leur appartenance à l'une ou l'autre des puissances combattantes. Et s'il prévoit *in fine* que les persécutions doivent avoir été commises en lien avec tout autre crime du ressort de la juridiction internationale, c'est bien de la compétence *ratione materiae* qu'il s'agit (infraction inséparable du contexte de guerre) et non d'une compétence géographique (référence aux pays européens de l'Axe) ou même personnelle (référence aux individus ayant agi pour le compte de ces pays)[1036].

Par ailleurs, la Chambre criminelle n'a pas manqué de témérité pour dépasser le texte international lorsqu'elle a estimé opportun de le faire. On ne peut s'empêcher de penser que les raisons de cette application du droit « à géométrie variable » sont à rechercher hors du terrain juridique[1037]. Revenons au raisonnement de l'arrêt Boudarel : les actes à propos desquels elle est saisie ne sont pas, à ses yeux, des crimes contre l'humanité ; ils sont donc couverts par l'amnistie. *A contrario*, si les faits avaient pu revêtir cette qualification, des militaires français auraient été poursuivis et vraisemblablement condamnés pour certains actes de la décolonisation. Il appert donc que la double-limitation jurisprudentielle des crimes contre l'humanité dans le temps – période 1939-1945 – et dans l'espace – uniquement les pays européens de l'Axe –, *« protège l'Etat français »*[1038] de la Collaboration et de son passé colonial. Orgueil déplacé ou véritable malaise de la population, il est en effet délicat de mettre en accusation l'armée nationale, surtout lorsque le conflit s'est terminé par une solution politique entre les protagonistes, comme l'amnistie.

1035 Ibidem, p. 38.

1036 Au demeurant, *« quelle eut été l'utilité de rappeler que le crime à juger devait avoir été commis dans le contexte des actions de l'Axe au sein d'une définition qui, à l'origine, n'était conçue que pour être appliquée par un tribunal dont la compétence était de toute façon limitée aux actions de l'Axe ? »* Cf. Idem.

1037 En ce sens, Jean-Paul JEAN, « Crimes contre l'humanité : les décisions des juridictions françaises », in Pierre TRUCHE (sous la dir.), *Juger les crimes contre l'humanité – Vingt ans après le procès Barbie,* Actes du colloque des 10-11-12 octobre 2007 organisé par l'E.N.S. Lettres et sciences humaines, Ed. de l'E.N.S., 2009, pp. 89-90.

1038 Michel MASSE, « L'évolution de la notion de crimes contre l'humanité », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire*, op. cit., p. 133.

Ainsi, *« tant pour l'Algérie que pour l'Indochine, comme pour les crimes de Vichy, (...) la Cour de cassation s'est prudemment tenue à l'écart d'un débat de société brûlant »*[1039].

232. En définitive, la jurisprudence ne s'est pas montrée plus solide que la loi du 26 décembre 1964 qu'elle devait interpréter. Entre « distorsion » illégitime et « resserrement » injustifié, elle n'a pas su remplir la mission d'éclaircissement qui lui avait été assignée. Malgré tout, *« l'histoire – la petite – oubliera ces cahots du raisonnement pour retenir l'essentiel : le crime contre l'humanité est le seul crime international réprimé comme tel en droit français »*[1040].

D'ailleurs, le rôle des procédures judiciaires intentées sur le fondement du crime contre l'humanité est surtout symbolique, comme le prouvent les trois principaux procès[1041] en la matière : Barbie, Touvier et, plus tard, Papon[1042].

§ 2. TROIS GRANDS PROCES SYMBOLIQUES

233. Comme l'explique Denis Salas[1043], la distance temporelle est le premier obstacle à la tenue de ces procès que l'on dit « tardifs » ou « historiques ». Bien sûr, le droit a placé

1039 Jean-François ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, op. cit., p. 410.

1040 Claude LOMBOIS, « Un crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », op. cit., p. 385.

1041 Nous écarterons de nos propos l'affaire René Bousquet qui n'a donné lieu à aucun procès en raison de l'assassinat de l'inculpé en 1993, avant que l'instruction du chef de crime contre l'humanité pour la déportation de près de deux cents enfants de six départements du sud de la France ne soit achevée. Pour une biographie de l'accusé, voir Pascale FROMENT, *René Bousquet*, Fayard, Coll. Pour une histoire du XX^{ème} siècle, 2001, 638p. Sur la procédure judiciaire, Alain JACUBOWICZ et René RAFFIN, *Touvier : histoire du procès*, Julliard, 1995, 226p. ; Sorj CHALANDON et Pascale NIVELLE, *Crimes contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, Plon, 1998, pp. 229-280 (notamment extraits du projet d'acte d'accusation, pp. 231-247).

1042 Le droit contemporain, c'est-à-dire celui en vigueur depuis les années 1990, sera étudié dans la seconde partie de notre recherche. Néanmoins, l'affaire Papon – qui débute en 1981 et voit la condamnation de l'ancien haut fonctionnaire en avril 1998 – doit être abordée dans ce paragraphe, tant elle est symptomatique du mouvement que nous tentons de décrire.

1043 Denis SALAS, « La justice entre histoire et mémoire », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire*, op. cit., p. 22.

les faits incriminés *« hors du temps »*[1044] en les déclarant imprescriptibles. Mais cette donnée juridique ne suffit pas à écarter les suspicions d'illégitimité à sanctionner un homme quarante ans après les faits[1045]. Le doute persiste quant à la capacité de la nouvelle génération, qui n'a pas vécu la Seconde Guerre mondiale, à juger la génération précédente et à intégrer le contexte de cette période ainsi que les situations de contrainte et de privations qui en sont le corollaire. N'y a-t-il pas un risque d'anachronismes ? Jean-Noël Jeanneney ose une comparaison permettant une mise en perspective : *« c'est comme si les mutins de 1917 avaient été jugés après mai 1968, comme si Dreyfus, Estherazy et Zola avaient été jugés au début des années 1950 »*[1046]. De plus, nous connaissons *a posteriori* les conséquences des actes commis par l'accusé. Les juges et jurés sont amenés à interpréter l'action de l'auteur en fonction de ce qu'ils savent après de longues années de recherches historiques. Cela n'a-t-il pas d'influence sur leurs décisions ? Enfin, est-il vraiment raisonnable de demander à une génération marquée par les événements contemporains – et en particulier par l'essor des propos négationnistes – d'en juger une autre ?

Par conséquent, il est indispensable de trouver une signification supérieure à ce type d'instances tenues *« dans une contemporanéité aussi fictive »*[1047], qui ne peut être que symbolique. Elles doivent être des « procès-exemples »[1048] parce qu'elles portent sur un crime devenu *« l'emblème d'une humanité durablement blessée »*[1049]. En d'autres termes, en réunissant en un même lieu les récits individuels relatifs à la période concernée, l'objectif est d'en faire des instruments au service de la mémoire collective. Dans cette

---

1044 Ibidem, p. 23.

1045 *« La justice s'inscrit dans le temps présent, dans le moment même où les juges apprécient les actes dont l'accusé répond. Cette rupture entre le temps des faits et le temps du jugement [apparaît] (…) comme incompatible avec l'exigence d'un procès équitable »*. Cf. Robert BADINTER, « Préface », in Sorj CHALANDON et Pascale NIVELLE, *Crimes contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, op. cit., p. II.

1046 Jean-Noël JEANNENEY, « Peut-on juger sans anachronisme ? », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS, *Barbie, Touvier, Papon, des procès pour la mémoire,* op. cit., p. 71.

1047 Denis SALAS, « La justice entre histoire et mémoire », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire*, op. cit., p. 23.

1048 Et ce, alors même qu'ils ne visent concrètement que des « seconds couteaux », des « rouages » de l'entreprise criminelle collective.

1049 Ibidem, p. 20.

démarche, divers éléments méritent d'être envisagés : l'importance du procès pour les victimes, l'historicisation des évènements par l'entrée des scientifiques dans le prétoire et la médiatisation sans précédent de ces affaires.

234. Selon Antoine Garapon, le jugement du criminel représente pour certaines victimes une véritable libération : *« tant que la victime n'a pas vu son agresseur jugé, elle est condamnée à ressentir une solitude due à son expérience morale impartageable »*[1050]. Le prononcé d'une sanction constitue la première étape vers le rééquilibrage des positions entre l'homme torturé et l'homme qui torture. L'identité niée peut se reconstruire par l'authentification du crime de la part de l'autorité judiciaire et donc de la communauté nationale qu'elle représente. C'est pourquoi, le mutisme d'après-guerre vécu par les communautés juives va trouver une réponse quasi-thérapeutique dans les procès qui se tiennent à compter des années 1970[1051].

On leur attribue communément une fonction à la fois responsabilisante, car on espère la prise de conscience de l'auteur, et libératoire, en ce qu'ils permettent aux personnes qui ont subi les offenses de raconter[1052]. L'audience *« offre une scène pour représenter l'événement »*[1053]. Le tribunal constitue le terrain de représentation d'un crime par essence inaccessible à l'imagination humaine. Il donne aux faits passés un cadre spatial et temporel, qui va faciliter leur matérialisation et l'application du droit : *« loi et scène sont inséparables »*[1054]. De plus, le prétoire réunit de nouveau – et pour la dernière fois – le bourreau et la victime, dans des positions inversées : les auteurs se trouvent affaiblis face à des victimes accusatrices. Voir son tortionnaire, être debout devant lui et non plus courbé

1050 Antoine GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner – Pour une justice internationale,* op. cit., p. 247.

1051 Puisque *« l'atteinte à la mémoire était inscrite comme projet du régime nazi »*, les procès apparaissent nécessaires *« pour faire échec à l'oubli »*. Cf. Jean-Marc ELCHARDUS et Anne D'HAUTEVILLE, « Conclusion : De la nécessité d'une définition du crime contre l'humanité – Dialogue juridique et clinique », in Marcel COLIN (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, op. cit., p. 266.

1052 Sur ce double aspect, Antoine GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner – Pour une justice internationale,* op. cit., p. 184.

1053 Ibidem, p. 247.

1054 Idem.

sous ses coups, est un besoin pour chaque victime, un premier pas nécessaire vers la « ré-humanisation » et la réintégration du corps social, dont elle a été expulsée par le crime. A cet égard, le procès de Klaus Barbie qui se déroule à Lyon entre le 11 mai et 4 juillet 1987 est significatif. L'accusé refuse d'assister aux débats, ne se présentant que ponctuellement devant la Cour d'Assises lorsqu'il y est contraint. Beaucoup considèrent cette attitude comme un affront supplémentaire fait aux morts et à la mémoire des survivants[1055], sinon une manière de nier une fois de plus la dignité de ses victimes.

L'oralité fait aussi du procès un moment privilégié pour l'extériorisation des mémoires. Si à la Libération, les personnes rescapées ne pouvaient mettre des mots sur le traumatisme de la Seconde Guerre mondiale, l'audience vient rectifier les choses. Les victimes se présentent devant une cour entièrement dédiée à leur écoute. Appelées à témoigner, elles décrivent les faits avec maints détails et une grande émotion[1056]. Bénédicte Chesnelong explique que *« l'important est d'abord de dire et d'être entendu (...) par l'accusé et (...) par ceux qui vont juger. C'est aux dires mêmes de ceux qui assurent leur suivi thérapeutique, une partie du processus curatif pour les victimes, notamment d'actes de torture »*[1057]. Perpétrer le souvenir, de la manière la plus sereine possible, par-delà le traumatisme, passe donc par la nécessité de « faire connaître ». L'écoute, préalable à la reconnaissance du crime, offre aux victimes d'exister en tant que telles.

1055 A titre d'exemple, citons les propos résignés de Lucien Margaine, âgé de 24 ans lorsque Klaus Barbie et les hommes de la *Gestapo* l'ont arrêté et torturé : *« j'ai reconnu Barbie sur les photos et, depuis qu'il a été arrêté, je ne l'ai jamais vu. Ça ne fait rien, mais tout de même, j'aurais bien voulu être confronté »*. Cf. « Le procès Klaus Barbie », in Sorj CHALANDON et Pascale NIVELLE, *Crimes contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, op. cit., p. 62.

1056 Cela apparaît dans les différents témoignages recueillis lors du procès du « Boucher de Lyon », et particulièrement du témoignage de la seule survivante de la rafle d'Izieu, Léa Feldblum : *« si Barbie n'a rien à dire, Léa, elle, ne sait comment dire ce qu'elle sait. Dans aucune langue les mots ne conviendraient. La voix se casse, s'excite, s'effondre brusquement. (...) Et cette bouillie verbale, cette volée de sons cassés, c'est peut-être la seule façon de ne pas trahir l'indicible réalité »*. Propos de Bernard POIROT-DELPECH reproduits par Michel MASSE, « Du procès de Nuremberg à celui de Paul Touvier, en passant par l'affaire Barbie », op. cit., p. 793.

1057 Bénédicte CHESNELONG, « Victimes et justice des crimes de guerre et contre l'humanité », in Denis SALAS (sous la dir.), *Victimes de guerre en quête de justice : faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'histoire*, L'Harmattan, 2004, p. 36.

235. Outre les témoins directs, les procès tardifs offrent également une tribune aux historiens appelés à la barre en tant que « témoins d'intérêt public », dans le but de poser un éclairage scientifique sur la période 1939-1945 et sur la politique d'Hitler[1058].

Cela peut être d'une grande utilité puisque la mémoire, en tant qu'aptitude psychique à se représenter le passé, est par principe partielle et sélective[1059]. On en déduit que la restitution de cette mémoire lors d'une audience est également partielle, permettant l'extériorisation du ressenti de la personne. A l'inverse, les historiens présentent au jury la société à l'époque de la commission des faits, replacent le contexte historique par une approche objective du passé, contrebalançant l'approche subjective des victimes. Plus la distance temporelle entre les faits et la procédure judiciaire est grande, plus ces précisions sont importantes. Puisque *« la mémoire, objet qui s'entretient, est fragile et a besoin de l'histoire, le procès constitue le lien entre l'histoire et la mémoire »*[1060]. D'ailleurs, le juge et l'historien portent un regard distancié, voire critique, sur les récits qu'ils sont amenés à examiner. C'est ici la marque de l'impartialité, au sens de neutralité, dont doivent faire preuve l'historiographie et la justice. Les deux disciplines s'intègrent dans les notions de causalité et d'explication, par l'éloignement mis entre le *« temps vécu »* et le *« temps historique »*[1061]. La présence d'historiens aux procès permet donc de fixer une certaine vérité, qui trouve écho dans la décision de la juridiction répressive[1062].

1058 Henry ROUSSO est opposé à l'intervention des historiens dans les procédures judiciaires. Il estime que *« les historiens [sont] en principe tout sauf des témoins du passé »* parce qu'ils n'interviennent pas en tant que témoins, mais en tant qu'experts. Partant, il considère que le devoir civique et moral de ses confrères aurait été de refuser de comparaître. Cf. « L'expertise des historiens dans les procès pour crimes contre l'humanité », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire*, op. cit., pp. 58-70.

1059 A propos de la mémoire en tant qu'aptitude biologique, voir Introduction générale §8.

1060 Entretien avec Geneviève ERRAMUZPE, directrice du Musée-mémorial d'Izieu, le 1er décembre 2008.

1061 Paul RICOEUR, *L'histoire, la mémoire, l'oubli,* Seuil, Coll. Points – Essais, 2003, p. 191.

1062 *« Si les tribunaux sont censés raconter l'histoire de la nation, leur condamnation des accusés doit en quelque sorte confirmer le récit libéral, sans lui imposer une clôture complète »*. Cf. Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, traduit de l'anglais par Jean-Luc FIDEL, Seuil, 2006, p. 413.

236. Au-delà, ce qui caractérise ces procédures, c'est surtout la médiatisation *« impudente »*[1063] dont elles font l'objet. Par la « mise en scène »[1064] télévisuelle sans précédent déployée autour de ces affaires, toute la population française peut suivre le déroulé des audiences.

C'est à l'occasion du procès Barbie que l'enregistrement à l'intérieur d'une Cour d'Assises est pour la première fois autorisé par la loi[1065]. Cette mesure contredit la tradition ancienne interdisant l'usage d'appareils photographiques, de micros et de caméras dans les prétoires mais se justifie par la nécessité de construire et enrichir les archives nationales[1066]. Dans le même but de « consolider » l'histoire, le processus est de nouveau mis en œuvre dans l'affaire Paul Touvier, dont les cent-huit heures d'audience sont entièrement filmées par FR3 Ile-de-France, pour le compte de l'I.N.A.

Mais le plus remarquable est encore la très large diffusion des images de ces « audiences-phare » auprès du grand public[1067]. Savoir que Klaus Barbie et Paul Touvier

---

1063 Bertrand POIROT-DELPECH parle d' *« impudence médiatique »*. Cf. « Témoignage de Bertrand Poirot-Delpech », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, op. cit., p. 35.

1064 Au sens littéral de « présentation au public ».

1065 Loi n° 85-699 du 11 juillet 1985, tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, *JORF*, 12 juillet 1985, p. 7865, intégrée aux articles L. 221-1 et suivants du Code du patrimoine.

1066 Art. 1 : *« Les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par la présente loi lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ».*

Dans une même optique, l'article L. 221-5 du Code du patrimoine, reprenant l'article 8 de la loi, prévoit que pendant les vingt années suivant l'enregistrement, celui-ci, détenu par l'administration des Archives de France, peut être consulté, après autorisation conjointe du Garde des sceaux et du ministre de la culture, *« à des fins historiques ou scientifiques ».* A l'expiration du délai de vingt ans, la consultation est libre, de sorte qu'aujourd'hui les enregistrements du procès Barbie sont accessibles sans agrément préalable. Après cinquante ans, la reproduction et la diffusion seront elles aussi exemptes de l'obtention d'une habilitation spéciale.

1067 Le procès Barbie a été présenté de façon exhaustive au cours des mois de mai, juin et début juillet 1987. Au fil des huit semaines d'instance, un résumé quotidien et en temps réel a été fait, dans la presse mais aussi à la télévision. De plus, la chaîne *Histoire* a obtenu l'autorisation de programmer, entre le 29 octobre et le 3 décembre 2000, trente-sept émissions reprenant près de soixante-dix heures de procès. Henry Rousso et Jean-Olivier Viout, substitut du procureur général de Lyon en 1987, ont été choisi pour apporter les éclairages nécessaires au commentaire et à la compréhension. Notons enfin qu'en 2011, un coffret contenant six DVD et un livret explicatif a été édité, présentant plus de dix-neuf heures de « morceaux choisis » du procès et des éclairages directs ou indirects sur les questions posées par l'affaire Barbie vingt-cinq ans plus tard (*Le procès Barbie. Lyon, 11 mai – 4 juillet 1987*, Arte Editions et Ina Editions).

ont été jugés pour crime contre l'humanité est un élément fondamental, mais avoir les images des témoignages et de leur jugement ouvre la voie à une prise de conscience supérieure. Chacun est invité à prendre part – ou à tout le moins à assister – à la « scène judiciaire » qui se joue entre les auteurs et les victimes[1068]. Qui plus est, la médiatisation offre aux instances de dépasser le cadre d'une procédure menée contre l'homme mis en cause, pour englober dans la répression toute une époque marquée par le « gestapisme », la Collaboration et la Solution finale. Bien sûr, on peut douter de la légitimité juridique et morale d'une telle généralisation[1069]. Etait-ce réellement *« l'homme Barbie »* ou bien *« l'homme Touvier »*[1070] qui comparaissait pour ses actes personnels, qualifiés crimes en droit pénal, devant les tribunaux ? Comment mettre à la charge d'un seul homme, ou d'une poignée d'hommes encore vivants, le fardeau de toute une politique étatique ? Beccaria disait au XVIII^{ème} siècle que c'est commettre une injustice que de tourmenter quelqu'un pour le délit d'autrui[1071]... Quoi qu'il en soit, il est indéniable que la retransmission des heures des procès a permis d'inscrire le judéocide dans la mémoire du peuple[1072].

Le procès Touvier a également été retransmis dans le cadre d'une série d'émissions diffusées sur la chaîne *Histoire* et sur le site internet de celle-ci, entre le 21 janvier et le 13 février 2002. Chaque émission, d'une durée de deux heures, contenait des images d'archives assorties de l'intervention d'un spécialiste (historien, juriste ou journaliste) apportant des éléments de réflexion aux téléspectateurs. Cette programmation a été complétée par d'autres documentaires et films sur l'affaire et plus largement sur la période noire, tels que *Hôtel du Parc* de Pierre BEUCHOT (1991) et *Milice, film noir* d'Alain FERRARI (1997).

1068 Ce qui peut aussi engendrer des effets pervers. Les victimes peuvent avoir des difficultés à supporter l'étalage sur la place publique des souffrances parfois très intimes qu'elles ont vécues. Quant à l'auteur, les caméras en font le représentant des criminels qui n'ont pu être poursuivis et le placent au centre de tous les reproches. M^{e} Vergès, avocat de Klaus Barbie, a parlé d'un véritable « lynchage » de son client.

1069 Partageant cette opinion, Pierre TRUCHE déclare : *« je comprends que l'on parle du nazisme en général, mais il ne faut pas faire porter non plus à Barbie le poids des actes (...) qui ne lui sont pas reprochés. Sinon nous partons vers une dérive dangereuse »*. Cf. Intervention du procureur général lors du procès Barbie, mardi 9 juin 1987, rapportée par Alain JAKUBOWICZ dans un reportage réalisé par Philippe CHASLOT, « 50% de la population juive française a été déportée », *Lyon Capitale*, 15 juin 2007, **[en ligne]**. Disponible sur www.lyoncapitale.fr/Journal/Lyon/Actualite/Divers/50-de-la-population-juive-francaise-a-ete-deportee (consulté le 14 mai 2014).

1070 Expressions de Jean-Paul JEAN et Denis SALAS, « Prologue », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon : des procès pour la mémoire*, op. cit., p. 9.

1071 Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1979, p. 71 et suivantes, sur la torture.

1072 Pour Alfred GROSSER, l'affaire Barbie constitue le *« point culminant de la mémoire d'Auschwitz »* (*Le crime et la Mémoire,* Flammarion, 1989, p. 165).

237. On le comprend, de « procès-exemples » à *« procès-spectacles »*[1073], il n'y a qu'un pas franchi fort aisément dans le cadre des procédures tardives. A cet égard, le procès Papon[1074] – le plus long de l'histoire judiciaire française – est particulièrement significatif. En dernière analyse, rappelons les termes de cette affaire[1075].

Elle commence en 1981, lorsque *Le Canard Enchaîné* révèle les responsabilités de l'ancien préfet dans la déportation de centaines de Juifs. Très vite, les premières plaintes avec constitution de partie civile sont déposées, qui aboutissent à une mise en examen le 19 janvier 1983 pour crimes contre l'humanité. La Cour de cassation annule cependant cette inculpation pour vice de forme en février 1987[1076]. En 1996, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Bordeaux renvoie Maurice Papon devant la Cour d'Assises de la Gironde pour complicité d'assassinats et de crimes contre l'humanité. Son pourvoi en cassation est cette fois-ci rejeté[1077]. Le procès s'ouvre donc, au bout de seize années de bataille juridique, le 8 octobre 1997. Papon, qui s'est constitué prisonnier la veille, est accusé de « concours actif » dans le transfert de 1.560 Juifs de la région de Bordeaux vers Drancy puis Auschwitz, entre 1942 et 1944[1078]. Il est pourtant remis en liberté deux jours plus tard pour raisons médicales et comparaît libre pour le reste de l'instance. Il a quatre-vingt-sept ans lorsqu'il est condamné le 2 avril 1998, à l'issue de ce *« feuilleton judiciaire »*[1079] débuté dix-sept ans plus tôt. Reconnu coupable de complicité de crimes contre l'humanité

1073 Expression empruntée à Ian BURUMA, *The Wages of Guilt. Memories of War in Germany and Japan*, Londres, Vintage Publishing, 1995, p. 142, reprise par Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, op. cit., notamment p. 24 et p. 108.

1074 Beaucoup d'écrits sont consacrés à ce procès, parmi les plus célèbres : Michel SLITINSKY, *Procès Papon : le devoir de justice*, La Tour d'Aigues, Ed. de l'Aube, Coll. Monde en cours, 1998, 261p. ; Eric CONAN, *Le procès Papon : un journal d'audience*, Gallimard, 1998, 324p. ; Arno KLARSFELD, *Papon, un verdict français*, Ramsay, 1998, 160p. ; Bertrand POIROT-DELPECH, *Papon, un crime de bureau*, Stock, 1998, 474p. Voir également l'analyse synthétique d'Henry ROUSSO et al., « Papon : Leçons d'un procès », *L'Histoire* n° 222, 1998, pp. 76-86.

1075 Rappelant les étapes de l'affaire, Jean-Paul JEAN, « Repères », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS, *Barbie, Touvier, Papon, des procès pour la mémoire,* op. cit., pp. 14-17.

1076 Cass. crim., 11 février 1987, n° 87-80.612, *Bull. crim*., n° 70, p. 190.

1077 Cass. crim., 23 janvier 1997, précité note n° 987.

1078 Extraits de l'acte d'accusation reproduits dans l'ouvrage de Sorj CHALANDON et Pascale NIVELLE, *Crimes contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, op. cit., pp. 295-338.

1079 Jean-Michel DUMAY, *Le Procès de Maurice Papon*, Fayard, 1998, p. 14.

pour avoir participé à des arrestations illégales et séquestrations arbitraires[1080], il écope de dix ans d'emprisonnement et d'interdiction des droits civils, civiques et de famille. Malgré une tentative de fuite en Suisse[1081], il est incarcéré en octobre 1999 à la prison de Fresnes, puis à celle de la Santé. Il en sort le 18 septembre 2002, sur la base d'un avis concluant à l'incompatibilité de son état physique avec la détention, conformément à la loi dite « Kouchner » nouvellement votée[1082]. Assigné à résidence, il décède le 17 février 2007.

238. D'aucuns qualifient le procès Papon de procès *« hors normes défiant les statistiques »*[1083] et on ne peut que partager cette interprétation : près de 100 jours d'audience, plus de 6.300 documents versés aux débats, 95 témoins appelés à la barre, 72 heures cumulées de réquisitoire et plaidoiries, 19 de délibéré. Nombreux ont été les incidents de procédure qui ont ponctué l'instance, de la maladie de l'accusé au décès de son épouse deux jours avant le verdict, en passant par la découverte du lien de parenté unissant le président de la Cour d'Assises à certaines victimes des faits qu'il avait à examiner. Par ailleurs, un second procès s'est tenu, en parallèle des audiences, en dehors du tribunal. Qu'il s'agisse de réitérer des accusations virulentes dans la presse écrite ou devant les caméras de télévision, ou d'organiser des rassemblements de survivants et descendants de victimes devant la Cour d'Assises, *« l'enjeu [était] la conquête des médias et de l'opinion publique, qui sont appelés à exercer une pression extérieure sur le prétoire »*[1084]. Enfin, à la différence de Klaus Barbie, agent de la *Gestapo*, et du milicien

---

1080 Il est en revanche relaxé du chef de complicité d'assassinats, la juridiction ayant estimé qu'il n'était pas prouvé qu'il ait eu connaissance de l'extermination consécutive aux déportations.

1081 Ce qui lui fait perdre le bénéfice d'un troisième pourvoi en cassation, faute de s'être mis en état. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie par Papon, rend un arrêt le 25 juillet 2002 (requête n° 54210/00) jugeant contraire aux principes du procès équitable l'obligation de se constituer prisonnier avant l'examen d'un pourvoi en cassation. Par suite, la commission de réexamen des condamnations pénales ordonne le 26 février 2004 (n° 03RDH005 ; *Bull. crim. COM.REX.*, n° 2, p. 2) que soit étudié le pourvoi en cassation litigieux, finalement rejeté le 11 juin 2004 par l'Assemblée Plénière (n° 98-82323 ; *Bull. A.P.*, n° 1, p. 1).

1082 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*JORF*, 5 mars 2002, p. 4118).

1083 Jean-Michel DUMAY, *Le Procès de Maurice Papon*, op. cit., p. 15.

1084 Georges MOURALIS, « Le procès Papon. Justice et temporalité », *Terrain* n° 38, 2002, **[en ligne]**. Disponible sur http://terrain.revues.org/9953 (consulté le 17 juillet 2014).

Paul Touvier[1085], Maurice Papon est une personnalité du monde politique de l'après-guerre. Membre du mouvement gaulliste, décoré par le Général lui-même[1086], député dès 1968 et plusieurs fois président de la Commission des Finances de l'Assemblée nationale dans les années 1970[1087], il a même hérité d'un portefeuille ministériel sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing[1088]. A travers lui, c'est en quelque sorte l'Etat français qui a été stigmatisé.

En résumé, par la dramaturgie qui l'a entouré, l'affaire Papon reste dans les esprits le *« procès symbole »* d'un *« accusé symbole »* mettant en lumière des *« vérités symboles »*[1089]. Elle manifeste à elle seule toute la singularité du jugement d'un homme *« [cristallisant] sur lui autant d'heures sombres d'une histoire qui se [révèle] (...) souvent moins la sienne que celle d'une vérité enfouie dans l'inconscient collectif d'un peuple, d'une nation »*[1090].

239. Le relais judiciaire est donc un point essentiel de l'édification de la mémoire collective. Les entrepreneurs de la mémoire juive ont saisi l'opportunité de se servir du crime contre l'humanité pour infléchir la mémoire officielle. Alors que les parlementaires y voyaient un instrument juridique de répression des infractions commises par des Allemands contre la Résistance, plusieurs responsables français ont été poursuivis en raison d'exactions racistes sur son fondement. Autrement dit, cette incrimination s'est

---

1085 Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, op. cit., p. 231 : *« mettre Barbie au banc des accusés en tant qu'Allemand a permis aux Français de pointer sur d'autres un doigt accusateur (...). Même lorsqu'on n'a pas pu éviter que l'accusé soit français, comme lors du procès Touvier, les tribunaux français ont contribué à l'effort national d'évitement moral. Et ce, en interprétant les statuts de Nuremberg de telle façon qu'il fallait que l'accusé ait agi en obéissant aux ordres d'une puissance de l'Axe. (...) Touvier était donc criminel, d'un point de vue juridique, seulement dans la mesure où il avait agi sous la tutelle allemande »*.

1086 Il a reçu en juillet 1961 la croix de commandeur de la Légion d'honneur.

1087 Plus précisément en 1972, 1973 et 1978.

1088 Il a été ministre de Budget entre 1978 et 1981, dans le troisième gouvernement de Raymond Barre.

1089 Jean-Michel DUMAY, *Le Procès de Maurice Papon*, op. cit., p. 16.

1090 Ibidem.

« autonimisée » et a développé des *« effets propres »*[1091] inattendus, au profit de la mémoire de la Shoah.

Du reste, en définissant la notion de crime contre l'humanité d'une manière on ne peut plus extensive, la Cour de cassation a créé *« les conditions juridiques pour que s'opère un tournant majeur dans l'histoire des politiques mémorielles en France (...) »*[1092]. L'arrêt Barbie de 1985 constitue le point d'ancrage de la mémoire israélite, à côté d'autres vecteurs de type scientifique ou culturel, signe d'un *« renversement de l'histoire »* : *« au lendemain de la guerre, la mémoire des survivants de l'Holocauste (...) aspire à obtenir une reconnaissance officielle sur le modèle de la mémoire résistante. A l'issue du procès Barbie, c'est la mémoire de la Résistance, pour obtenir reconnaissance, qui doit se penser, se présenter et se représenter à travers le nouveau paradigme mémoriel de la Shoah »*[1093].

Il n'en demeure pas moins des errements juridiques flagrants, dans la loi du 26 décembre 1964 comme dans son application. Ils sont manifestement liés à la volonté politique de satisfaire les revendications pressantes de la population, en premier lieu de la communauté juive, subsidiairement des résistants. Mais doivent-ils et peuvent-ils vraiment être couverts par la seule intention de « ne pas oublier » ? Rien n'est moins sûr tant les polémiques autour des procès étudiés sont nombreuses. Finalement, *« peut-être ne faut-il pas s'étonner outre mesure que la justice ait fini par sortir de son lit »*[1094].

1091 Cette notion renvoie à l'évaluation d'une politique publique. On distingue généralement les « effets propres », c'est-à-dire les résultats qui sont spécifiquement attribuables à la politique concernée, des résultats imputables aux évolutions générales de la société. Cf. Dominique VOLLET et Farid HADJAB, *Manuel de l'évaluation des politiques publiques*, Ed. Quae, Coll. Guide pratique, 2008, p. 13.

1092 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, P.U.F., 2010, p. 90.

1093 Ibidem.

1094 Michel MASSE, « L'affaire Touvier, l'échappée belle », op.cit., p. 374.

SECTION II.

EN ALLEMAGNE : CONTRAINTES DE LA LEGALITE

> « La principale différence entre le contenu d'un procès et celui d'un exposé historique traditionnel réside dans le fait que l'image donnée du passé dans le cadre d'une procédure judiciaire est le résultat d'un combat entre l'accusation et la défense, et non le fruit d'un récit élaboré ou d'une accumulation de preuves et d'arguments qui suivent une voie précise. (…) Ceux qui espèrent obtenir un compte-rendu cohérent et énoncé à voix claire sont souvent déçus. »[1095]

240. Justice et histoire, si elles peuvent mutuellement se servir et/ou se soutenir, comme le prouve la présence d'historiens dans les procès tardifs en France, restent deux disciplines bien distinctes. La justice[1096] ambitionne de *« dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse, [remplir] les missions de contrôle liées à l'exercice de la juridiction gracieuse, et [assurer] les fonctions associées à l'une ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle (mission d'ordonner les mesures provisoires, les mesures conservatoires et les mesures d'instruction) »*[1097]. L'histoire, quant à elle, consiste dans la *« relatation des faits, des événements passés »*[1098] concernant des peuples ou l'Humanité dans son ensemble. Par synecdoque, c'est également *« la science des événements passés ou d'une évolution »*[1099]. Elle est donc un récit, la construction d'une image du passé par des scientifiques qui tentent de décrire en détails et

---

1095 Mickael R. MARRUS, « L'Histoire et l'Holocauste dans le prétoire », in Florent BRAYARD (sous la dir.), *Le génocide des juifs : entre procès et histoire, 1943-2000*, Bruxelles, Ed. Complexe, Coll. Histoire du temps présent, p. 43.

1096 Terme polysème ici entendu au sens de « rendre justice ».

1097 *Vocabulaire juridique Cornu*, « Juridictionnel, -le », (fonction).

1098 Dictionnaire encyclopédique *Le Petit Larousse Illustré*.

1099 Ibidem.

d'expliquer globalement des épisodes révolus, en les replaçant dans une chaîne logique[1100]. Cette divergence d'objectifs et de points de vue entre justice et histoire se vérifie tout particulièrement lorsqu'on étudie la deuxième génération de procès, en Allemagne de l'ouest.

241. Alors que dans la plupart des Etats, la poursuite des criminels nazis a pris fin – ou, à tout le moins, a substantiellement décliné – vers le milieu des années 1950, ce n'est pas le cas en R.F.A. Comme le souligne Adalbert Rückerl[1101], les procès allemands se déroulent en effet en plusieurs étapes, conditionnés dans un premier temps par les lois de l'occupation alliée, puis, avec le retour à la souveraineté, par le *Strafgesetzbuch*.

Cela n'est pas sans poser certaines interrogations théoriques quant à la légitimité du recours au droit pénal commun. Les nécessités matérielles, les revendications nationales et l'appel international constant au « devoir de mémoire » commandent très certainement cette intervention. Puisque le Tribunal de Nuremberg n'a concerné que les plus hauts responsables, que les juridictions sous contrôle allié ont clôturé leur travail et qu'il reste de nombreux exécutants en liberté, le code criminel permet à la justice allemande de continuer son œuvre. Cependant, on peut douter de sa capacité à réprimer de façon convenable les auteurs de crimes internationaux par nature. On constate que les fondements juridiques applicables sont inadaptés, ce qui se répercute inéluctablement sur le bilan de la répression pénale : des centaines de poursuites intentées mais des condamnations moindres, en quantité comme en intensité.

1100 Voir notre mémoire, *Oradour, Izieu, Maillé : Histoire, droit, mémoire*, Université de Poitiers, 2009, p. 7. Relevons par ailleurs une autre différence essentielle : l'histoire une instance mouvante, en perpétuelle réécriture. A l'inverse, la justice fixe les faits d'une façon qui se veut définitive. C'est ainsi que l'on distingue le *« jugement historique provisoire »* du *« jugement judiciaire définitif »* (expressions de Paul RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli,* op. cit., p. 421 ; voir également sur le sujet, Jean-Clément MARTIN, « La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens », *Droit et Société* n° 38, 1998, pp. 13-20).

1101 Adalbert RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, Heidelberg/Karlsruhe, Müller, 1979, pp. 39-41.

§ 1. DES FONDEMENTS JURIDIQUES INADAPTES

242. Dans les procès qui s'ouvrent à compter de la décennie 1960, la question de l'application de certains articles du code pénal à des catégories particulières d'atrocités est cruciale. Avant de déterminer si les personnes soupçonnées peuvent être inculpées et déclarées coupables par la loi allemande, encore faut-il savoir concrètement quelles règles utiliser. A cet égard, deux séries de dispositions apparaissent essentielles, qui tiennent à la qualification de l'acte commis et au degré d'implication de chaque individu dans la commission de l'infraction.

A. LA QUALIFICATION DE L'ACTE COMMIS

243. Si le doute persiste en France en ce qui concerne l'intégration des dispositions du Statut du TMI dans l'ordre interne avant la loi du 26 décembre 1964, la posture allemande est, elle, catégorique : les incriminations nées du droit de Nuremberg ne sont absolument pas applicables dans l'ordre juridique interne. L'Allemagne ne connaît pas la qualification « crime contre l'humanité », et ce, pour deux raisons majeures qui trouvent leur origine dans l'ordre constitutionnel germanique.

Bien que les règles les plus essentielles du droit international soient supérieures à la loi[1102], elles doivent « s'éclipser » devant le principe de légalité des délits et des peines consacré à l'article 103 §2 de la *Grundgesetz* de 1949. C'est pourquoi le droit international ne crée pas directement d'incrimination applicable devant les juridictions allemandes. Or, force est de constater que le législateur allemand n'a jamais pris la peine de transposer les infractions de l'article 6 du Statut du TMI dans son corpus juridique. Malgré la ratification des quatre Conventions de Genève[1103], la R.F.A. a fait le choix de ne pas adopter de texte

---

1102 Art. 25 de la Loi Fondamentale : *« Les règles générales du droit des gens font partie du droit fédéral. Elles l'emportent sur les lois internes et font directement naître des droits et des obligations au profit et à la charge des habitants du territoire fédéral »*.

1103 Plus précisément la Convention (I) sur les blessés et malades des forces armées sur terre, la Convention (II) sur les blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, la Convention (III) sur les prisonniers de guerre, et la Convention (IV) sur les personnes civiles, ratifiées par l'Allemagne fédérale le 4 octobre 1959.

spécifique au crime de guerre[1104]. Le même sort a été réservé à la qualification de crime contre l'humanité.

D'ailleurs, l'adoption d'une loi reprenant les prescriptions du Statut aurait été, en pratique, inopportune et inefficace. En effet, la non-rétroactivité de la loi pénale, corollaire du principe légaliste, est également une garantie fondamentale. Elle conduit à interdire toute poursuite des criminels nazis sur la base d'autres lois que celles en vigueur au moment de la commission des faits, c'est-à-dire sous le III^{ème} *Reich*, sauf à ce qu'elles soient plus douces (rétroactivité *in mitius*). Cela explique pourquoi le génocide (*Völkermord*), infraction pourtant formellement intégrée en droit allemand depuis une loi du 9 août 1954[1105] et réprimée au §220a StGB[1106], ne peut être utilisé dans les procédures relatives aux infractions de la Seconde Guerre mondiale[1107].

244. Par conséquent, c'est uniquement sur le fondement des règles répressives traditionnelles que des actions peuvent être engagées. Plus précisément, les exactions les plus graves commises en lien avec la tyrannie nazie sont susceptibles de se voir appliquer deux qualifications : soit le meurtre aggravé (*Mord* §211 StGB), soit l'homicide volontaire (*Totschlag* §212 alinéa 1 StGB) éventuellement aggravé (§212 alinéa 2)[1108]. Néanmoins, si

---

1104 Pourtant, après l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977, le ministre de la Justice avait préparé un projet de loi incluant les infractions graves des quatre conventions et des articles 11 à 85 du Premier Protocole Additionnel. Mais à la suite de la ratification des deux protocoles en 1991, aucun projet concret n'a été soumis au Parlement. Pour plus de détails, voir Peter WILKITZKI, « Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1987, pp. 455 et suivantes.

1105 Loi du 9 août 1954 relative à l'adhésion de la R.F.A. à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, entrée en vigueur en 1955 (précitée supra note n° 886). Notons que la ratification de la Convention a eu lieu formellement le 24 novembre 1954. Quant à la R.D.A., elle n'a adhéré que plus tardivement, le 27 mars 1973.

1106 Cet article se situe dans la section relative aux infractions contre la vie, mais n'en est pas le premier. Cette localisation dans le code peut surprendre car elle *« ne revêt aucun caractère symbolique de l'extrême gravité du comportement des auteurs »* selon Juliette LELIEUR (« Le crime de génocide en Allemagne », in Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII – Les processus d'internationalisation, Ed. de la M.S.H., 2001, p. 228).

1107 Comme nous l'avons déjà souligné supra §197.

1108 Devin O. PENDAS parle de *« meurtres au premier ou au second degré »* pour désigner *Mord* et *Totschlag* (« Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était », in Florent BRAYARD (sous la dir.), *Le génocide des juifs : entre procès et histoire, 1943-2000*, op. cit., p. 85).

l'une et l'autre de ces incriminations sont envisageables après le retour à la souveraineté en 1949, une seule est encore applicable au milieu de la décennie 1960, celle du §211. En effet, la poursuite de l'infraction du §212 s'éteint à l'issue d'un délai de quinze ans[1109]. Lorsque les différentes lois de prescription interviennent en 1964, puis en 1969 et 1979[1110], elles n'intéressent donc que le meurtre aggravé[1111].

Ce qui le singularise, c'est l'impulsion homicide (« *Mordlust* ») qui doit animer son auteur. La destruction d'une vie humaine lui procure un certain plaisir, qu'elle réponde à sa cupidité ou *« à toute autre raison abjecte »*[1112]. La difficulté réside alors dans la caractérisation de cet élément, qui relève par essence du for intérieur de chaque agent. En ce sens, Adalbert Rückerl indique que les raisons politiques ou idéologiques qui ont conduit à perpétrer le crime ne suffisent pas pour justifier une condamnation[1113]. Il est impératif de prouver un état moral plus profond, une certaine cruauté, qui peut procéder de la haine raciale ou d'un choix arbitraire de qui doit vivre ou mourir[1114]. Demeure toutefois une question de fond : cette intention particulière est-elle significative des spécificités des crimes commis dans le cadre de la politique de purification ethnique menée par les troupes d'Hilter ? Comme le note un ancien ministre allemand, *« après un meurtre, l'herbe finit toujours par repousser un jour ou l'autre – il suffit généralement d'une génération. Mais aucune herbe ne repoussera à Auschwitz, pas même dans cent générations »*[1115].

1109 Rappelons que pour les crimes punis d'une peine d'emprisonnement de plus de dix ans, la prescription est de quinze ans, selon le §67 StGB en vigueur. En revanche, pour les crimes punis d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité, elle est à l'époque de vingt ans.

1110 Lois précédemment étudiées lorsque nous avons traité des difficultés du travail de la *Zentrale Stelle* de Ludwigsbourg (§197).

1111 Et le génocide, mais cela n'a pas d'impact sur les procédures ouvertes à l'encontre des criminels de la Seconde Guerre mondiale, comme nous l'avons déjà remarqué.

1112 *« Oder sonst aus niedrigen Beweggründen »*, Traduction proposée par Devin O. PENDAS, « Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était », op. cit., p. 85.

1113 Adalbert RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, op. cit., p. 126.

1114 Selon une jurisprudence constante, voir notamment BGH, 27 mars 1956, 2 StR 455/55.

1115 Propos de Werner MAIHOFER, ancien ministre de l'Intérieur allemand sous la présidence de Walter Scheel et la chancellerie d'Helmut Schmidt (1974-1978), repris par Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, traduit de l'allemand par Olivier MANNONI, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 46.

245. En tout état de cause, les juridictions vont avoir peu de marge de manœuvre quant à la qualification juridique des exactions dont ils sont saisis. Le *Mord* est l'unique incrimination encore applicable du fait de la prescription et mérite, pour être retenue, une étude extrêmement minutieuse de la psychologie de l'accusé. Et cette première difficulté est loin d'être la seule. Il faut encore lui ajouter la question du traitement juridique des différentes modalités de participation à l'entreprise criminelle.

B. LES MODALITES DE PARTICIPATION A L'INFRACTION

246. Au milieu des années 1960[1116], le droit allemand différencie l'auteur (*Täter*) agissant de son plein gré, du complice par aide ou assistance (*Gehilfe*), qui se soumet et participe au dessein d'un autre, et du complice par instigation (*Anstifter*). Or, cette classification est source de controverses quand elle s'applique à la représsion des criminels de la Seconde Guerre mondiale.

L'élément clé de la distinction auteur-complice est une nouvelle fois à rechercher dans la disposition psychologique de l'agent : l'auteur a le volonté de commettre l'acte quand le complice n'intervient qu'en tant que participant à l'entreprise criminelle[1117]. Mais un problème apparaît lorsqu'il s'agit de poursuivre des criminels de bureau qui donnent des ordres ensuite exécutés par des subalternes. Selon Devin O. Pendas[1118], se fonder sur les motivations personnelles de l'individu, c'est présumer qu'il existe un lien causal direct entre ces motivations et l'accomplissement de l'acte. Or, cette relation ne peut être clairement établie dans le cas des crimes de bureau, faute pour l'agent de commettre par lui-même l'infraction. Partant, à retenir que l'exécutant est condamnable comme complice

---

1116 Et depuis plus d'un siècle, puisque cette classification provient en partie du droit français *via* le code pénal prussien de 1851. Voir sur le sujet Hans H. JESCHECK et Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5ème éd., 1996, p. 646.

1117 Sur l'opposition subjective entre *animus auctoris* et *animus socii*, voir notamment Mathias REIMANN et Joachim ZEKOLL, *Introduction to German Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2ème éd., 2005, pp. 405-406.

1118 Sur ce point, Devin O. PENDAS, « Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était », op. cit., p. 90.

par aide ou assistance et l'ordonnateur, comme complice par instigation, l' *« acte criminel sans auteur »*[1119] est inventé.

247. On est d'autant plus choqué par cet état de faits que depuis le 1er octobre 1968[1120], une atténuation de peine est prévue à l'article 50 §2 StGB, pour l'individu qui n'a pas été actif dans l'exécution de l'infraction ou n'était pas animé des motivations (« *niedrige Beweggründe* ») requises par le texte d'incrimination (cruauté ou la haine raciale)[1121]. Cette disposition, plus douce que la précédente, trouve à s'appliquer rétroactivement. Or, même à prouver qu'il présente l'intention nécessaire, le criminel de bureau n'a fait qu'exiger l'accomplissement de l'exaction. En conséquence, il peut voir sa peine abaissée à quinze ans d'emprisonnement, ce qui induit une réduction subséquente du délai de prescription de l'action publique à quinze ans également. En d'autres termes, les infractions en cause ne sont plus susceptibles de poursuites depuis le 1er janvier 1965[1122]. De là à considérer que la « distance » entre les motivations personnelles et l'acte offre un *« alibi moral »*[1123] à ces délinquants, il n'y a qu'un pas. On comprend les raisons des critiques acerbes portées à l'encontre de ce nouveau texte dès son adoption[1124]. Voté à

1119 Ingo MÜLLER, « Comment les allemands ont-ils jugé les crimes du nazisme ? », in Jean-Paul JEAN et Denis SALAS (sous la dir.), op. cit., p. 84. Pour l'auteur, il s'agit d'un corollaire du principe du « guide » (*Führerprinzip*), qui a prévalu pendant le IIIème *Reich*.

1120 Modification contenue dans l'article 1 de la loi d'introduction au code des infractions admnistratives (*Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz* – EGOWiG), en date du 24 mai 1968, *BGBl,* 1968, I, p. 503, entrée en vigueur le 1er octobre suivant.

1121 Ce qui rompt avec le principe en vigueur depuis 5 décembre 1939 selon lequel le complice encourt la même peine que l'auteur principal. Voir Adalbert RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, op. cit., p. 190.

1122 Cf. supra §197. Rappelons que le point de départ de la prescription a été reporté au 31 décembre 1949. Les poursuites sont donc impossibles à partir du 1er janvier 1965 sauf à ce que des actes d'instruction aient interrompu le délai de prescription, ce qui ne semble pas avoir été le cas pour les criminels de bureau à propos desquelles les enquêtes ont généralement débuté à partir de 1965. Cf. « NS-Verbrechen : Hilfe für Gehilfen », *Der Spiegel* n° 1, 1969, pp. 31-32, fax-similé de l'article disponible **[en ligne]** sur http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45861387.html (consulté le 14 mai 2014).

1123 Devin O. PENDAS, « Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était », op. cit., p. 90.

1124 Pour Monika FROMEL, il s'agit d'une *« amnistie déguisée »* (*« verdeckte Amnestie »*). Cf. « Taktische Jurisprudenz – die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 une die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute », disponible **[en ligne]** sur http ://www.uni-kiel.de/isk/cgi-bin/files/Frommel-Rottleuthner_FS_2011.pdf (consulté le 14 mai 2014), notamment p. 4 et suivantes.

l'unanimité sans réel débat parlementaire[1125], il traduit manifestement un manque de prudence du *Bundestag* dans la gestion de l'un des évènements les plus embarrassants de l'histoire allemande. Certains vont jusqu'à parler de véritable *« bévue législative »* (*gesetzgeberischen Fehlleistung*)[1126], d'autant plus grave qu'elle est impossible à réparer.

En effet, la réforme de la partie générale du code criminel allemand en 1975[1127] – qui a mis fin à la typologie antérieure[1128] pour consacrer une classification reposant sur les notions génériques de complicité[1129] et d'action[1130] – n'a pu changer la donne. Le principe

---

1125 D'aucuns suggèrent que cette absence de débat était « préméditée », arguant du caractère trompeur de l'intitulé du texte (loi d'introduction au code des infractions admnistratives) et du choix de le faire voter en dehors de la grande réforme pénale qui a débuté quelques mois plus tard. Voir Hubert ROTTLEUTHNER, « Hat Dreher gedreht ? Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzbegung und Forschnung », in Kent D. LERCH (sous la dir.), *Die Sprache des Rechts*, Tome 1 – Recht verstehen, Berlin, De Gruyter Verlag, 2004, p. 317.

1126 « NS-Verbrechen : Hilfe für Gehilfen », op. cit.

1127 Le processus, débuté dès 1969, s'est achevé, après le vote de cinq lois dites « de réforme du droit pénal », avec celle du 15 août 1974 modifiant la loi d'introduction au code pénal. L'ensemble du dispositif est entré en vigueur le 1er janvier 1975. Les articles relatifs à la participation à l'acte criminel sont eux issus d'une loi du 4 juillet 1969 dite « Deuxième loi de réforme » (*BGBl*, 1969, I, p. 717). Pour une présentation globale, Félix HERZOG, « La ballade d'un vieil habit rapiécé. Sur l'histoire de la réforme du droit pénal allemand », *Déviance et société* n° 3, vol. 8, 1984, pp. 233-249.

1128 Bien qu'ait été conservé le « principe de différenciation » des participants qui la soutient par opposition au principe d'unicité ou « d'auteur uniforme ». Cf. Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Eric MATHIAS, Xavier PIN, Julien WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », *R.I.D.P.*, 2002/3-4, p. 1241.

1129 La complicité (§§26 et 27 StGB) recouvre les comportements volontaires antérieurement sanctionnés : l'aide ou l'assistance, et la provocation. Notons que l'instigateur est dorénavant traité avec une plus grande sévérité. La tentative d'instigation est réprimée, à l'inverse de la tentative de complicité d'aide ou assistance. De plus, aux termes du §26, il encourt les mêmes peines que l'auteur, par emprunt de criminalité. En revanche, selon le §49 al. 1 StGB, le complice par aide ou assistance continue à voir sa peine atténuée s'il ne présente pas l'intention décrite dans l'incrimination.

1130 Le terme « action » visé au §25 StGB englobe dorénavant trois réalités : l'action unique (est auteur unique *« celui qui réunit en sa personne toutes les conditions (...) de l'infraction »*, c'est-à-dire toutes les caractéristiques matérielles et morales de l'incrimination ; formulation notamment utilisée par le OLG Stuttgart, 16 septembre 1977, 3, Ss 497/77, *NJW*, 1978, p. 715), la coaction (lorsque plusieurs participants prennent la décision commune de réaliser l'acte prohibé et l'exécutent conjointement, peu important que cette contribution objective apportée à la commission de l'infraction représente une partie des éléments constitutifs) et l'action indirecte ou intellectuelle (pour la réalisation de l'acte, l'agent fait appel à une tierce personne qui lui est subordonnée, un intermédiaire dépourvu d'intention délictuelle propore en raison de la contrainte, de l'erreur, de l'incapacité mentale, etc.).

Cette troisième catégorie est particulièrement importante dans le contexte qui nous occupe. Désormais, conformément à la doctrine développée par Claus ROXIN, il est admis que seul l'auteur possède la maîtrise effective de l'action (*Tatherrschaft*) ; le complice, lui, n'opère *« qu'à sa périphérie »* (Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Eric MATHIAS, Xavier PIN, Julien WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », op. cit., p. 1242, d'après deux ouvrages du professeur allemand, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hambourg, De Gruyter, 7ème éd., 2000, 764p. ; *Strafrecht : Allgemeiner Teil – Band II : Besondere*

de non-rétroactivité du droit pénal empêche la reconnaissance du nouveau statut d'auteur intellectuel aux criminels de bureau de la Seconde Guerre mondiale. La répression des infractions commises dans le cadre d'un *« appareil de domination organisée »*[1131] ne se trouve modifiée, dans le sens d'une pénalisation plus juste car plus effective, que pour l'avenir.

248. Ainsi, les fondements juridiques utilisables, parce qu'ils relèvent du droit pénal commun et sont soumis à des exigences de légalité strictes, demeurent peu adéquats : *« les crimes nazis sont poursuivis sur la base de règles conçues pour réprimer des formes totalement différentes de criminalité : non pas des génocides organisés par l'Etat, mais avant tout des crimes commis par des individus ou de petits groupes dans leur propre intérêt »*[1132]. Rien de surprenant alors dans les « imperfections » de la pratique judiciaire consécutive.

Erscheinungsformen der Straftat, 3ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 2003, 899p.). Le nouveau critère de distinction des participants à l'entreprise criminelle est donc aux confins de deux théories, ni tout à fait objectif – l'accomplissement de tous les actes constitutifs prévus à l'incrimination n'est pas un critère suffisant puisque l'auteur médiat, pourtant visé au §25 StGB, ne réalise pas, lui non plus, la totalité des actes constitutifs – ni complètement subjectif – l'opposition *animus auctoris* et *animus socii* du complice doit être dépassée. Dans cette démarche, *« le fonctionnaire d'un Etat dictatorial (...) qui est aux commandes d'un appareil du pouvoir doit être considéré comme auteur indirect si ses subordonnés (...) commettent une infraction sur son ordre »* (Traduction proposée. Mathias REIMANN et Joachim ZEKOLL, *Introduction to German Law*, op. cit., p. 406. Cette interprétation s'appuie notamment sur une décision du BGH, en date du 26 juillet 1994, 5, StR 98/94, *BGHSt* 40, p. 218). En clair, les exécutants, dans une position de subordination voire soumis à la contrainte doivent tout au plus être sanctionnés comme complices. A l'opposé, les commanditaires sont justiciables de la peine prévue pour les auteurs de la troisième catégorie.

1131 Expression de Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand (République fédérale),* Tome II – Droit public, Droit pénal, Cujas, 1ère éd., 1984, p. 274, tirée de l'intitulé d'un article de Claus ROXIN, « Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193.

1132 Devin O. PENDAS, « Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était », op. cit., p. 85.

§ 2. DES CENTAINES DE PERSONNES POURSUIVIES

249. Sous l'impulsion du travail de la *Zentrale Stelle* de Ludwigsbourg[1133], les nouveaux procès intentés à partir des années 1960 en Allemagne fédérale prennent de l'ampleur, quoique la population montre toujours quelques signes de réticence et de lassitude[1134]. Ils traduisent une « réorientation »[1135] des poursuites vers les crimes à caractère discriminatoire commis pendant l'ère hitlérienne : camps de concentration et d'extermination, exécutions massives à l'est, mesures développées dans le cadre de la politique de la Solution finale. Ils *« [contribuent] beaucoup à la compréhension publique de l'Holocauste »*[1136], notamment par la médiatisation qui leur est donnée et la qualité des enquêtes menées. L'imagination de milliers de jeunes Allemands est frappée par la violence des actes décrits et la haine qui sous-tend la politique raciste d'Hitler[1137].

Partant, *« dans la conscience publique allemande, ces procès [permettent] de couper symboliquement les liens avec le passé »*[1138] par le sentiment de réprobation qu'ils suscitent. Ils sont un *« aide-mémoire »*[1139], *« une leçon historique (...) frappante »*[1140], à l'origine de la nouvelle identité allemande fondée sur le rejet du nazisme.

1133 A propos de la création, des compétences et du bilan d'activité de cet organe, voir §§195-198.

1134 Selon le même auteur, le procès du camp d'Auschwitz en 1965 se tient en plein *« pic d'impopularité des procès nazis »* mais il suscite *« autant d'intérêt que de désintérêt »* (Ibidem, p. 83).

1135 Position partagée par Ruth VOGEL, qui désigne la période qui s'ouvre comme *« l'ère de la prise de conscience »*. Voir « Mémoire, traces et silence : la Shoah en R.F.A. », in Jean-Charles MARGOTTON et Marie-Hélène PERENNEC (sous la dir.), *La mémoire*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2003, pp. 62-63. *Contra* Yveline PENDARIES, qui considère que cette réorientation a lieu dès la souveraineté de la R.F.A. retrouvée (voir *Les procès de Rastatt (1946-1954). Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, Bern, Peter Lang, Coll. Contacts, 1998, p. 99).

1136 Mickael R. MARRUS, « L'Histoire et l'Holocauste dans le prétoire », op. cit., p. 33.

1137 Constat dressé par Hannah ARENDT, « Introduction », in Bernd NAUMANN, *Auschwitz : a report on the proceedings against Robert Ludwig Mulka ans others before the court of Frankfurt*, Londres, Ed. Praeger, 1966, p. XI, repris et confirmé par Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, op. cit., p. 277.

1138 Ibidem, p. 278. Pour résumer cette idée, l'auteur reprend une expression de Paul CONNERTON qui parle, à propos de ces procédures, d' *« acte de démarcation sans équivoque »* vis-à-vis du régime nazi (*How Societies Remember*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 7).

1139 Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, op. cit., p. 271.

1140 Ian BURUMA, *The Wages of Guil. Memories of War in Germany and Japan*, op. cit., p. 149.

Ces instances recentrent également l'attention sur les « criminels ordinaires », ceux de rang inférieur. Peu sanctionnés à la sortie de la guerre, ils sont réprimés soit à titre individuel[1141], soit dans le cadre d'une série de grands « procès des camps » : Auschwitz bien sûr[1142], mais aussi Sobibor[1143], Treblinka[1144] ou encore Majdanek[1145].

1141 A l'instar d'Herbert Hagen, Kurt Lischka et Ernst Heinrichsohn, trois des responsables de la Rafle du Vel' d'Hiv', condamnés respectivement à douze, dix et six ans de prison par le tribunal de Cologne en février 1980. Voir Michel LAFFITTE, « La rafle du Vélodrome d'hiver, 16-17 juillet 1942 – Les suites judiciaires », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.massviolence.org/La-rafle-du-Velodrome-d-hiver-16-17-juillet-1942?id_mot=45&artpage=10#outil_sommaire_5 (consulté le 14 mai 2014).

1142 Déjà abordé précédemment, §190. L'instance se tient à Francfort à compter du 20 décembre 1963 et va durer vingt mois. Vingt-deux accusés sont confrontés à plus de trois cents témoins dont la majorité est constituée par des anciens prisonniers du camp. Le 19 août 1965, dix-sept des défendeurs sont condamnés à des peines de prison, dont six perpétuelles ; trois autres sont acquittés. Deux ont été libérés avant le prononcé du verdict. Jugement *in extenso* disponible en langue allemande **[en ligne]** sur http://www.holocaust-history.org/german-trials/auschwitz-urteil.shtml (consulté le 14 mai 2014).

1143 Les audiences s'ouvrent à Hagen le 6 septembre 1965 et mettent en scène treize accusés. Elles prennent fin le 20 décembre 1966 avec la condamnation de sept d'entre eux. Présentation du procès disponible **[en ligne]** sur http://www.holocaustresearchproject.org/trials/sobibortrial.html (consulté le 14 mai 2014). Jugement accessible en langue allemande et partiellement traduit en langue anglaise sur http://holocaustcontroversies.yuku.com/reply/26252/Sobib-r-Excerpts-from-Hagen-Trial-Judgment#reply-26252 (consulté le 14 mai 2014).

1144 On parle parfois du deuxième procès de Treblinka, pour souligner l'existence d'une première procédure intentée en 1951 devant le tribunal de Francfort, pour crimes de guerre commis contre des prisonniers du camp. Il se tient à Düsseldorf entre le 12 octobre 1964 et le 3 septembre 1965, contre onze inculpés dont Kurt Franz, dernier commandant du camp. Il aboutit à l'acquittement par la juridiction d'un accusé ; quatre autres sont sanctionnés de peine d'emprisonnement à vie, cinq de peines d'emprisonnement à temps ; un décède avant les déclarations de culpabilité. Voir la décision du tribunal disponible en version allemande **[en ligne]** sur http://www.holocaust-history.org/german-trials/treblinka-urteil.shtml (consulté le 14 mai 2014). Ajoutons ici une troisième affaire, le cas Franz Stangl, jugée par la même cour à partir du 13 mai 1970. Ce procès individuel a aussi contribué à l'ancrage de la monstruosité de la Shoah dans mémoire collective allemande. En effet, cet ancien officier *S.S.*, condamné le 22 décembre suivant à la réclusion à perpétuité, illustre totalement la thèse de la « banalité du mal » développée par Hannah Arendt. On le comprend à la lecture des entretiens qu'il a accordé à Gitta SERENY alors qu'il attendait le verdict de son appel (*Into the darkness : an examination of conscience*, New-york, Vintage Books, 1974, 379p. ; pour une réédition récente en français *Au fond des ténèbres : Un bourreau parle : Franz Stangl, commandant de Treblinka*, Tallandier, 2013, 559p.). Pour une présentation de ces trois procès, « The Treblinka Death Camp Trials », disponible **[en ligne]** sur http://www.holocaustresearchproject.org/trials/treblinkatrial.html (consulté le 14 mai 2014) ; Christian HOFMANN, « Die Treblinka-Prozesse », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.zukunft-braucht-erinnerung.de/nachkriegsdeutschland/die-juristische-aufarbeitung-der-ns-verbrechen/573.html (consulté le 14 mai 2014).

1145 Devant le tribunal de Düsseldorf, quinze accusés comparaissent entre le 26 novembre 1975 et le 30 juin 1981. Nous reviendrons sur cette procédure en détails dans la suite de nos développements.

250. L'ampleur du travail du ministère public est énorme. Rien qu'en 1965, 4.300 nouvelles enquêtes sont ouvertes contre des personnes soupçonnées d'avoir participé à des meurtres aggravés. Dans les cinq ans qui suivent, ce chiffre est quasiment doublé. Entre 1970 et 1982, près de 15.000 individus sont mis en examen pour avoir commis un crime relevant de la politique nazie[1146].

Pourtant, malgré l'augmentation du nombre de poursuites, les critiques restent sévères à l'égard de la justice allemande et de son bilan pénal « mitigé »[1147]. Certains vont même jusqu'à parler d'une sorte d'*« amnistie froide »*[1148]. En effet, de 1965 à 1982, « seulement » 350 personnes sont condamnées, dont plus de la moitié avant la fin de l'année 1970. Parmi elles, 269 écopent d'emprisonnement à temps, 81 d'emprisonnement à perpétuité. En revanche, plus de 34.000 ne sont punies d'aucune peine[1149].

251. Le procès du camp de Majdanek[1150] est une illustration de l'indignation que provoque la pratique judiciaire dans ces années-là. Il débute en novembre 1975 et va durer

---

1146 Pour le détail année par année, Adalbert RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, op. cit., pp. 183-184 et p. 329.

1147 Le procès du camp de Belzec, intenté contre huit accusés et qui se déroule à Münich entre le 18 et le 21 janvier 1965, est ici symptomatique : sur les huit accusés, sept sont relaxés (jugement *in extenso* disponible en langue allemande **[en ligne]** sur http://www.holocaust-history.org/german-trials/belzec-urteil.shtml, consulté le 14 mai 2014). Un seul, Josef Oberhauser, ex-*Obersturmführer* de la *S.S.* qui a pris part à ce que l'on appelle « l'*Aktion T4* » (campagne d'extermination des handicapés mentaux et/ou physiques) et « l'*Aktion Reinhardt* » (campagne d'extermination fondé sur le critère racial et ayant touché les Juifs, les Sintis et les Roms), est condamné à quatre ans et six mois d'emprisonnement, notamment pour sa collaboration dans le meurtre de 300.000 prisonniers du camp. Il est libéré deux ans plus tard et rentre chez lui à Munich où il reprend son activité de serveur. Par la suite, en 1976, il est condamné par contumace à la prison à vie pour les exactions qu'il a perpétrées en Italie, mais faute d'exécution de la demande d'extradition, il meurt chez lui à Munich le 20 novembre 1979.

On aperçoit Oberhauser dans le film-documentaire de Claude LANZMANN *Shoah* sorti en 1985. Le réalisateur, qui s'est rendu dans la brasserie où il travaille, lui tend une photographie d'un autre *S.S.* en uniforme, lui demande s'il reconnaît l'homme et le questionne sur les fosses communes de Belzec. Visiblement gêné, l'ancien nazi ne répond pas.

1148 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 113, reprenant l'intitulé d'un livre de Jörg FRIEDRICH, *Die Kalte Amnestie – NS-Täter in der Bundesrepublik*, (Frankfurt-am-Main, Fischer Verlag, 1984, 431p.). L'historien allemand y fait le constat de l'échec de la dénazification des élites judiciaires et critique l'insuffisance des poursuites pénales engagées contre les criminels du *Reich*.

1149 De nouveau pour le détail année par année, Adalbert RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, op. cit., pp. 329-330.

1150 Il s'agit en réalité du troisième procès de Majdanek, les deux premiers ayant eu lieu en Pologne en 1944 pour l'un et entre 1946 et 1948 pour l'autre. Pour un ouvrage récent retraçant l'ensemble des

plus de cinq années. Neuf hommes et six femmes sont mis en accusation, parmi lesquels Hermann Hackmann, ancien *S.S.-Hauptsturmführer* (grade comparable à celui de capitaine), officier à Buchenwald puis chef de la sécurité à Majdanek. Dès le départ, la défense est bien décidée à compliquer la tâche de la juridiction en soulevant de nombreux obstacles de procédure, tant et si bien que les interrogatoires des accusés ne peuvent réellement commencer que plus d'un mois après l'ouverture du procès. D'autres « événements » interviennent qui retardent aussi l'avancée des travaux : décès de témoins et d'un accusé, libération d'un autre pour raisons de santé. L'atmosphère *« sans dignité »*[1151] qui règne dans le prétoire ne manque pas de soulever la consternation du public : les accusés sont *« désinvoltes »*, leurs avocats *« [cherchent] à humilier les témoins survivants »*[1152]. Au bout de trois ans et demi, la procédure contre quatre des accusés est abandonnée. L'opinion publique est horrifiée. Le 30 juin 1981, les jugements sont enfin annoncés : une condamnation à la prison à perpétuité, sept peines d'emprisonnement à temps et un acquittement. Mais ce verdict est loin d'apaiser la population, et particulièrement les survivants et descendants des victimes. D'importantes manifestations éclatent pour dénoncer le laxisme des juges. On retiendra l'image d'anciens détenus défilant, en pyjamas rayés, sous des banderoles marquées *« Jammerbild der Justizpraxis »*[1153].

252. La principale raison de cette indulgence est juridique. Dans ces procédures, *« les tribunaux [se concentrent] moins sur l'élucidation du passé que sur le règlement de questions techniques »*[1154]*,* tenant à l'application de la loi. Or, les dispositions utilisables conduisent inéluctablement à une certaine clémence de la part des juridictions répressives.

---

procédures, Claudia KURETSIDIS-HAIDER et al., *Das KZ Lublin-Majdanek und die Justiz : Strafverfolgung und verweigerte Gerechtigkeit. Polen, Deutschland und Österreich im Vergleich*, Graz, Clio, 2011, 479p.

1151 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 122.

1152 Ibidem.

1153 *« Tableau de désolation de la pratique judiciaire »* (Traduction proposée).

1154 Mickael R. MARRUS, « L'Histoire et l'Holocauste dans le prétoire », op. cit., p. 33.

D'une part, la prescription de l'action publique, qui a atteint la quasi-totalité des incriminations de droit commun, limite considérablement les possibilités de poursuites. Toute une série d'exactions – commises aussi bien à l'encontre des biens (pillages, destructions) que des personnes (privations de liberté, violences, etc.) – ne peut plus être prise en compte à partir des années 1960. Les juges ne peuvent recourir qu'à la qualification du §211 StGB, dont la caractérisation est épineuse. Il suffit aux accusés de nier, non pas leur participation aux actes, mais leur motivation criminelle pour écarter d'eux toute sanction, d'où un argumentaire fondé majoritairement sur la conscience de l'injustice et l'obéissance aux ordres (*Befehlsnotstand*)[1155].

D'autre part, la distinction auteur-complice diminue également les effets de la répression. L'intervention législative de 1er octobre 1968 a un impact éminemment restrictif sur les procédures[1156]. Pour un même individu, prouver une participation active aux infractions et les intentions meurtrières spécifiques requises est quasiment impossible. Partant, l'atténuation de peine de l'article 50 §2 StGB trouve à s'appliquer et le délai de prescription de l'action publique doit être réduit à quinze ans. Comme le pressentait la doctrine, les actions à l'encontre des criminels de bureau se font très rares et les quelques condamnations résiduelles sont de moindre importance. D'ailleurs, aucun des fonctionnaires membres du *Reichssicherheitshauptamt*[1157] n'a fait l'objet de poursuites, mis à part Ernst Kaltenbrunner jugé à Nuremberg[1158].

253. Au-delà de ces premiers éléments, d'autres plus « officieux » doivent certainement être mentionnés. Tout d'abord, remuer le passé des accusés, c'est aussi remettre sur le devant de la scène une période noire de l'histoire dans laquelle chacun peut être plus ou moins impliqué. *« Le procès se heurte à un inconscient général pré-établi qui implique une*

1155 Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, op. cit., p. 46.

1156 Ces effets négatifs n'étaient pas voulus par le gouvernement et les parlementaires du *Bundestag*. D'ailleurs, ils n'auraient meme pas été envisagés, comme le montre l'absence de débat sur la question. Adalbert RÜCKERL, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, op. cit., p. 191.

1157 Office suprême de sécurité du *Reich*.

1158 A propos du procès de Nuremberg et des personnes physiques mises en cause, §§64-65.

position défensive permanente vis-à-vis du passé nazi »[1159]. Autrement dit, la réticence proviendrait d'un sentiment général de culpabilité. De plus, certains estiment que les tribunaux ont volontairement restreint la répression à un petit nombre de criminels, afin de disculper la population allemande dans son ensemble. Les procès se voient alors attribuer une fonction nouvelle, dite de *« compensation »*[1160]. Enfin, d'autres voient dans ces statistiques la marque de l'absence d'épuration efficace dans les années 1940-50, particulièrement au sein de l'administration judiciaire. Les magistrats, déjà en activité sous le règne du *Fürher* et reconduits dans leurs fonctions après-guerre, pèsent négativement sur les procédures et les jugements[1161].

254. En toute hypothèse, *« malgré l'utilité historique des preuves récoltées au cours des investigations, leur exploitation en termes juridiques [est] peu convaincante. (...) Quantité de criminels [reparaissent] dans la vie publique après une courte période de disgrâce ou d'emprisonnement, sans compter les nombreux autres qui [échappent] totalement à la justice »*[1162]. Il convient tout de même de relever un effort de la justice d'outre-Rhin, certes lacunaire, mais réel. Evidemment, à ne regarder que le bilan, on peut regretter le faible taux de condamnations proportionnellement aux crimes atroces qui ont été perpétrés. Cependant, la démarche comparative appelle à une opinion plus mesurée.

Primo, alors que les personnes sanctionnées pour des actes relevant de la catégorie normative « crime contre l'humanité » se comptent sur les doigts de la main en France, elles sont beaucoup plus nombreuses à avoir fait l'objet d'une procédure et d'un jugement en Allemagne.

1159 Devin O. PENDAS, « Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était », op. cit., p. 83, d'après le raisonnement de Gesine SCHWAN, *Politik und Schuld. Die zerstörerische Macht des Schweigens*, Frankfurt-am-Main, Fischer Verlag, 1997, 283p.

1160 Théorie développée par Jörg FRIEDRICH dans son ouvrage précité *Die Kalte Amnestie* et reprise par Devin O. PENDAS, Ibidem.

1161 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire*, op. cit., p. 113, renvoyant à l'ouvrage de Barbara JUST-DAHL-MANN et Helmut JUST, *Die Gehilfen*, Frankfurt-am-Main, Athenäum, 1988, 326p.

1162 Mickael R. MARRUS, « L'histoire et l'Holocauste dans le prétoire », in Florent BRAYARD, *Le génocide des Juifs : entre procès et histoire, 1943-2000*, op. cit., p. 34.

Secundo, mis à part Maurice Papon, les accusés en France étaient de nationalité allemande (Barbie) ou de nationalité française mais notoirement connus pour leur proximité avec le *Reich* (Bousquet, Leguay, Touvier). Et le « hasard » ayant bien fait l'ordre des procès, un Allemand a été jugé avant qu'il en soit de même pour des Français, ce qui n'est pas anodin : *« si les procès avaient eu lieu dans l'ordre des dates d'ouverture des informations judiciaires*[1163]*, (...) nous aurions alors assisté à une gigantesque cacophonie judiciaire, la société française n'étant absolument pas prête à aborder la difficile question du crime contre l'humanité commis par des Français »*[1164]. A l'inverse, l'Allemagne n'a pas eu le choix de juger uniquement ses nationaux – ou une partie d'entre eux – nonobstant les difficultés morales que cela a pu poser dans l'opinion.

Tertio, le travail de justice en Allemagne est persistant. Loin de s'arrêter aux années 1990, l'œuvre de justice se perpétue aujourd'hui[1165]. La *Zentrale Stelle* continue ses activités – à moindre régime – de recherche des criminels à travers le monde. Les procureurs se font *« justiciers contre le temps »*[1166]. Ils n'ont pas renoncé aux poursuites malgré les nombreuses embuches (âge avancé voire décès des acteurs directs, destruction de preuves, etc.). En témoigne l'ouverture de nouvelles enquêtes concernant les massacres d'Oradour-sur-Glane[1167] et de Maillé en Touraine[1168]. Quant aux tribunaux, ils acceptent de

---

1163 C'est-à-dire Touvier, Papon puis Barbie.

1164 Michel ZAOUI, *Mémoires de justice : les procès Barbie, Touvier, Papon*, Seuil, 2009, p. 7.

1165 Voir le tableau des procédures allemandes récentes, sur la période 2000-2014, annexe n° VI, sur cd.

1166 Expression empruntée à A.V., « Allemagne, un justicier contre le temps », Dossier « Sur la piste des derniers nazis », *L'Express*, 23 octobre 2008, pp. 34-44.

1167 Fin 2011, des perquisitions ont été effectuées à la demande de l'Office de Ludwigsbourg, chez six octogénaires résidant dans différentes villes allemandes et soupçonnés d'avoir participé aux tueries d'Oradour-sur-Glane le 10 juin 1944 (sur cette affaire, §§45-47). Le 29 janvier 2013, la justice allemande, en la personne du procureur du parquet de Dortmund Andreas Brendel, s'est rendue sur place en Haute-Vienne, pour la première fois. Ce geste, présenté comme *« un simple acte procédural »* (Franck LAGIER, « Oradour : enquête sur les lieux du crime », *Le Populaire du Centre*, 30 janvier 2013), est tout de même hautement symbolique. Aujourd'hui, sept suspects ont été identifiés, parmi lesquels un ex-*S.S.* de 88 ans, mis en examen par le parquet du tribunal de Cologne en janvier 2014. La procédure à son encontre a toutefois été abandonnée en décembre 2014, faute de preuves suffisantes.

1168 Procédure judiciaire initiée en 2005 par le procureur en chef du *land* de Rhénanie du nord-Westphalie Ulrich Maass, après qu'aient été retrouvés des survivants de la 17ème division d'infanterie motorisée *Götz von Berlichingen*, soupçonnée de la commission du massacre. La tuerie de Maillé est le deuxième plus important crime de guerre perpétré en France. Le 25 août 1944, alors que les Alliés marchaient sur Paris, 124 habitants de ce bourg tourangeau ont été tués par des soldats allemands. Après-guerre, l'enquête a été baclée ; un seul membre de la *Wermarcht* a été condamné, par contumace, par la justice

statuer sur les affaires qui leur sont déférées. En mai 2011, le tribunal de Munich a condamné John Demjanjuk à cinq ans d'emprisonnement pour l'exécution de plusieurs milliers de Juifs du camp de Sobibor. Début 2014, les juges de Hagen se sont eux prononcés sur l'affaire Siert Bruins, ancien *S.S.* de 93 ans jugé pour le meurtre d'un résistant néerlandais aux Pays-Bas en 1944. Bien sûr, on peut douter du sens d'une condamnation prononcée plus de soixante ans après les faits. Le travail de fond effectué est avant tout utile aux victimes et à leurs familles, ainsi qu'à l'établissement d'une certaine vérité historique. Reste que cette attitude des Allemands est manifestement volontariste : *« à l'évidence, compte tenu du rôle de l'Allemagne lors de la Seconde Guerre mondiale, nous avons une responsabilité particulière »*[1169]. Et ils l'assument.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

255. La deuxième vague de procédures pénales a montré un véritable progrès dans la prise en compte de l'antisémitisme, *« manifestation primaire et publicitaire par excellence »* de la doctrine raciste, et de la persécution des Juifs, *« aspect le plus permanent et sans doute le plus significatif »*[1170] de la criminalité nazie.

---

militaire française (Tribunal militaire de Bordeaux, 20 février 1952, Gustav Schlüter). Voir sur le sujet l'ouvrage de l'abbé André PAYON, *Maillé martyr, Récit du massacre du 25 août 1944*, Tours, Gibert-Clarey Imprimeurs, 1993, 2ème réédition, 111p. ; Sébastien CHEVEREAU, *25 août 1944, Maillé... Du crime à la mémoire*, Parçay-sur-Vienne, Anovi, 2012, 217p. Voir également Michel MASSE, « 25 août 1944 : Libération de Paris et massacre de Maillé en Touraine », Chronique de Droit pénal international, *R.S.C.*, 2008, p. 988 ; Sébastien CHEVEREAU et Luc FORLIVESI, « Histoire et Mémoires d'un massacre : Maillé, Indre et Loire », in *La répression en France à l'été 1944*, Actes du colloque organisé par la Fondation de la résistance à Saint-Amand-Montrond le 8 juin 2005, pp. 65-71, disponible **[en ligne]** sur www.fondationresistance.org/documents/ee/Doc00004-008.pdf (consulté le 15 mai 2014).

1169 Propos d'Andreas BRENDEL dans une interview d'Elise VINCENT et Marie DE VERGES, « D'autres exemples en Europe », *Le Monde*, 27 juin 2008.

1170 Propos d'Edgar FAURE, procureur général adjoint au TMI de Nuremberg, « Préface », in Henri MONNERAY (sous la dir.), *La persécution des Juifs en France et dans les autres pays de l'ouest présentée par la France à Nuremberg*, Ed. du Centre, 1947, p. 21.

256. Toutefois, elle n'est guère plus convaincante que la première.

En France, le mouvement de balancier constaté dans l'état d'esprit de la population se retrouve très clairement lorsqu'on examine les procédures. D'un excès à un autre, le droit national, dans ses versants législatif et judiciaire, a opéré un basculement des crimes de guerre et de la collaboration aux crimes contre l'humanité, avec toutes les dérives juridiques que cela a pu entraîner. Le crime contre l'humanité, seule incrimination imprescriptible, a attiré à lui des actes susceptibles d'une toute autre qualification. Paradoxalement, certaines exactions, qui auraient pu en substance relever du crime contre l'humanité, ont été écartées faute d'avoir été commises dans le contexte de la Seconde Guerre mondiale. Il n'y a pas de doute à avoir sur le fait que la jurisprudence n'a pas su résister à la pression.

De l'autre côté de la frontière, le refus d'utiliser les infractions internationales a conduit à ne recourir qu'au droit interne pour poursuivre les criminels nazis. Mais il s'est révélé défaillant dans cette mission. Les critiques à son égard ont été nombreuses et virulentes et elles ne sont pas totalement infondées. Juridiquement, l'importance donnée aux dispositions psychologiques de l'agent – qu'il soit auteur ou complice – pour caractériser la seule infraction encore valable à compter des années 1960 a en effet abouti à multiplier les acquittements. Politiquement, mener les procès n'était pas aisé, dans la mesure où une partie de la population y était encore opposée. Néanmoins, on l'a vu, il faut se garder de l'opinion trop sévère que beaucoup portent sur l'Allemagne. En pratique, était-elle en mesure de condamner plus et mieux qu'elle l'a fait ? Peut-être. Pouvait-elle vraiment réaliser la tâche qui lui était assignée en tant que « criminel vaincu », c'est-à-dire rendre une justice parfaite, exempte de tout reproche ? Répondre par la positive serait utopique sinon hypocrite. En toute hypothèse, elle continue aujourd'hui à chercher et juger, dans le but désormais d'apporter des réponses sur le passé autant que de préparer son avenir[1171]. C'est pourquoi nous partageons l'avis d'Alfred Grosser : *« nulle part ailleurs sans doute*

1171 On constate d'ailleurs un renversement du rôle des procédures par rapport à celles menées dans les années 1970-1980, au cours desquelles les juges étaient plus préoccupés par l'application du droit national que par la vérité historique (Cf. supra §242 et suivants).

une collectivité n'a autant accepté, n'a autant voulu que le passé noir fût maintenu au cœur du présent »[1172].

1172 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire,* op. cit., p. 131. L'auteur relève à cet égard deux conséquences intéressantes d'un point de vue sociologique : la faible natalité allemande (*« c'est la politique ultranataliste hitlérienne qu'il s'agit de rejeter en s'abstenant de faire du natalisme »*) et le refus d'une majorité de la population en 1988 de participer aux Casques bleus de l'O.N.U. (*« l'idée de la présence de soldats allemands sur d'autres continents est rejetée au nom du passé »*).

CONCLUSION DU TITRE II

> « Les changements de générations (y compris l'arrivée de nouvelles générations d'historiens qui n'ont pas vécu directement la Seconde Guerre mondiale) ont certes permis de désocculter des zones d'ombres de la mémoire collective (en particulier les événements relatifs à la déportation, très largement refoulés) (…). Toutefois, la mémoire collective n'est pas aujourd'hui plus fidèle à l'histoire qu'elle l'était dans les années 50. »[1173]

257. L'évolution qu'annonçait le procès Eichmann au début des années 1960 a bien eu lieu. La mémoire de la communauté israélite meurtrie a refait surface partout dans le monde, et singulièrement en France et en Allemagne, pour marquer au fer rouge la deuxième génération post-conflit. A l'appel de la jeunesse et des descendants des victimes raciales, scientifiques, gouvernants et juristes ont tenté d'apporter des réponses à ces souffrances jusqu'alors étouffées. Sur fond de propos négationnistes à l'ouest du Rhin et de « Querelle des intellectuels » en R.F.A., de nouvelles instances très médiatisées ont été ouvertes, concernant les mesures de purification ethnique voulues par Hitler et mises en œuvre par ses partisans.

258. Cependant, avec le recul, force est de constater que les attentes ont été partiellement déçues dans les deux Etats. En réalité, la période 1965-1990 a surtout mis en lumière toutes les difficultés du traitement – tant politique, qu'historique et judiciaire – de ces crimes d'une nature singulière et d'une ampleur sans précédent.

A l'est du Rhin, l'Etat fédéral allemand, enserré dans des contraintes diverses, a dû composer. Les institutions se sont trouvées face à un *« dilemme structurel propre à*

1173 Johann MICHEL, «Esquisse d'une socio-phénoménologie historique de la mémoire collective », in Johann MICHEL (sous la dir.), *Mémoires et histoires – Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance*, Rennes, Ed. Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 93.

l'internalisation »[1174] de l'héritage nazi, et plus tard de l'héritage communiste. Beaucoup leur ont reproché une mansuétude déplacée, caractérisée par un laxisme pénal tangible. Mais la création d'un bureau spécial d'investigations, dont l'activité a abouti à la mise en examen de plusieurs milliers de personnes, est tout de même une preuve de bonne volonté. Le travail des juges allemands, long et laborieux, a été positif : analyse de nombreux documents, vérification des indices et, *a minima*, authentification des crimes à défaut de déclaration de culpabilité. En ce sens, *« l'enquête sur [le passé national] est devenue (...) universelle »*[1175]. Reste que personne n'est totalement satisfait du bilan répressif, ni ceux qui souhaitent tourner la page du national-socialisme[1176], ni ceux qui désirent une répression exemplaire pour éviter toute réitération des faits à l'avenir.

De l'autre côté du fleuve, la France a substitué aux zones d'ombre de la Libération de nouvelles *« zones aveugles »*[1177], recréées par les discours officiels et les orientations juridictionnelles. A cet égard, la marginalisation de l'histoire coloniale est éloquente. Cet « oubli », s'il procède plus d'une *« inclinaison tendancielle à considérer le passé comme une ressource permanente pour édifier et consacrer les valeurs nationales »* que d'un complot, *« est une arme à double tranchant »*[1178]. De la même façon que l'Holocauste, refoulé en 1945, a repris ses droits vingt cinq ans plus tard, la mémoire de la décolonisation a ressurgi sous forme d'un *« trauma historique »*[1179] au début des années 2000. Les rapatriés, par la voix militante d'associations et de collectifs antiracistes, ont plaidé pour

---

1174 Peter REICHEL, *L'Allemagne et sa mémoire*, traduit de l'allemand par Olivier MANNONI, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 46.

1175 Edouard HUSSON, « Les historiens et la mémoire du passé nazi en République Fédérale d'Allemagne », *Matériaux pour l'histoire de notre temps* n° 68, 2002, p. 19.

1176 A titre d'illustration, dans les années 1990-2000, un groupe d'historiens, dénommé « la génération de 1989 », a défendu l'idée d'un retour à la normalité allemande, loin de la culpabilité imposée par la communauté internationale et la génération des années 1960. De même, l'écrivain Martin Walser, pourtant figure de proue de la contestation de 1968, a demandé que l'on mette fin aux références constantes à la Shoah dans les débats sur l'identité germanique. Cf. Ibidem.

1177 Expression empruntée à Henry ROUSSO, « Génocide : quelle place dans la mémoire ? », *L'Histoire* n° 222, 1998, p. 84.

1178 Nicolas BANCEL et Pascal BLANCHARD, « La colonisation : du débat sur la guerre d'Algérie au discours de Dakar », in Pascal BLANCHARD et Isabelle VEYRAT-MASSON (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, La Découverte, 2008, pp. 137-138.

1179 Ibidem.

l'édification de mémoriaux et la reconnaissance étatique des infractions perpétrées[1180]. A travers le paradigme de la guerre d'Algérie et de la torture, c'est toute la colonisation qui a fait irruption dans la mémoire officielle.

259. Après analyse de la deuxième période dans chacun des deux Etats, on comprend mieux le sens de cette affirmation catégorique d'Hannah Arendt lors du procès de Jérusalem : *« le but d'un procès est de rendre justice et rien d'autre. Les buts ultérieurs, si nobles soient-ils (...), ne peuvent que détourner les hommes de loi de leur principale tâche, qui est de peser les faits retenus contre l'accusé, de le juger et de le châtier en conséquence »*[1181].

1180 C'est chose faite avec l'adoption de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 dite « loi Mekachera », portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés (*JORF*, 24 février 2005, p. 3128), que nous envisagerons dans la seconde partie de notre recherche. Comme l'expliquent Nicolas BANCEL et Pascal BLANCHARD, *« l'année 2005 a marqué un tournant majeur dans l'appréhension du fait colonial : de périphérique, la question coloniale est redevenue centrale dans les enjeux mémoriaux de la société française, après être passée par une phase transitoire d'une quinzaine d'années qui a privilégié l'étude de la guerre d'Algérie (avec comme point d'orgue la reconnaissance par la France du terme « guerre » en juin 1999) »* (référence faite à 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 », *JORF*, 20 octobre 1999, p. 15647). Cf. Idem, p. 142.

1181 Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, traduit de l'anglais par Anne GUERIN, Gallimard, Coll. Folio – Histoire, 1997, pp. 409-410.

CONCLUSION DE LA PARTIE I.

« Les tribunaux restent impuissants à guérir la mémoire nationale. »[1182]

260. A l'issue des deux premières générations post-conflit, ceux qui souhaitaient une analyse scrupuleuse du passé et une répression de l'ensemble des criminels de guerre et contre l'humanité sont certainement restés sur leur faim. Les procédures menées, que ce soit après la capitulation ou à la suite du « croisement de courbes » dans les années 1960-1980, ont en effet montré que la justice ne peut servir de *« plateforme particulière aux interprétations historiques »*[1183]. Le traitement des exactions de la Seconde Guerre mondiale n'a contenté personne, ni au moment de rendre la justice, ni même postérieurement, et ce, quel que soit le pays considéré. Avoir voulu *« placer le droit sous le joug de la fabrication nationale des mythes ou de la formation de l'identité nationale »*[1184] a soulevé bien des difficultés et des critiques, et les tentatives pour y répondre ont été plus ou moins périlleuses. Il faut bien admettre que la volonté de répression systématique et universelle de la monstruosité nazie n'a pas abouti à la mise en place d'un système solide.

Pour la France, le problème majeur se situe manifestement dans une incapacité à gérer les pressions internes des différents groupes mémoriels et à « dégager » le droit de l'emprise politique. S'agissant de l'Allemagne fédérale, la difficulté est plus profonde, en ce qu'elle procède de *« réalités simultanées contradictoires »*[1185] dues à la complexité de la posture d' « auteur-vaincu » : préserver la continuité de l'Etat et consacrer la discontinuité avec le régime d'Hitler, accepter l'occupation alliée puis la surveillance internationale continuelle et éviter que la population ne se sente trop opprimée et stigmatisée, réparer juridiquement et financièrement les préjudices subis et assurer la relance de l'économie et la pérennité des institutions, cultiver le souvenir et le dépasser pour se tourner vers demain.

1182 Jean-Pierre RIOUX, « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », *Vingtième siècle – Revue d'histoire* n° 73, 2002/1, p. 161.

1183 Mickael R. MARRUS, « L'Histoire et l'Holocauste dans le prétoire », op. cit., p. 51. Dans le même sens, Ian BURUMA estime que *« si la foi appartient à l'église, l'histoire appartient certainement à l'école »* (*The Wages of Guil. Memories of War in Germany and Japan*, Londres, Vintage, 1995, p. 142).

1184 Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, traduit de l'anglais par Jean-Luc FIDEL, Seuil, 2006, p. 356.

1185 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire,* Flammarion, 1989, p. 121.

261. Au terme de la première partie de cette recherche et face à l'immense complexité de l'entreprise de répression des infractions considérées, on ne peut que s'interroger sur l'efficacité du droit aujourd'hui en vigueur. Il n'est pas certain que les dispositifs nationaux actuels soient plus convaincants et équitables que ceux élaborés au cours de deux périodes sus-étudiées. Réticences dans l'adaptation des législations internes au droit pénal international, occultation de certains évènements historiques et polarisation de la mémoire collective sur d'autres, montée en puissance du communautarisme victimaire, etc. : autant de prolongements – visibles ou moins visibles – en droit contemporain du traitement des crimes de la Seconde Guerre mondiale.

PARTIE II.

PROLONGEMENTS EN DROIT CONTEMPORAIN

« Quand tous les témoins auront disparu, comment transmettre aux nouvelles générations la mémoire des crimes commis par ceux qui ont enfreint les lois de l'humanité ? Les historiens, bien entendu, continueront à faire leur travail. Mais dans un monde où l'éducation ne semble plus tenir la place première qui devrait être la sienne, quelle influence auront demain les historiens face à la masse et à la diversité des informations non hiérarchisées offertes aux jeunes sur Internet où tout peut paraître se valoir ? C'est là qu'intervient le rôle du droit et de son instrument majeur, le procès pénal, qui peuvent témoigner de la vigilance mémorielle de la société. »[1186]

262. Plus de cinquante ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le conflit et ses conséquences continuent d'occuper l'espace public français et allemand, y compris la sphère juridique, de sorte qu'on entend parfois parler d'obsession[1187]. A mesure que la distance temporelle s'installe, la mémoire vivante du conflit s'amenuise et laisse progressivement place à une mémoire plus diffuse qui devient un rempart intellectuel et moral contre la réitération de faits semblables. Les phases de réaction immédiate (première génération) et de prise de recul (deuxième génération) ont permis d'engager une réflexion nécessaire sur le passé, par l'étude tant des procès que des « tâtonnements » législatifs observés. A partir des années 1990, nous entrons dans une phase de formalisation, de concrétisation de cette conception nouvelle, ce qui n'est pas sans lien avec le contexte international, européen et national.

263. La décennie qui débute est marquée par de nouveaux conflits d'une grande violence sur les continents africain, européen et asiatique, qui voient la commission d'atteintes graves au droit des gens[1188]. La communauté internationale, sensibilisée depuis

---

1186 Pierre TRUCHE, « L'arme du droit », préface à *La mémoire et le crime*, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Cujas, 2011, p. 7.

1187 Voire de *« hantise »* selon Aurélia KALISKY, « « Les innombrables morts sont notre affaire à tous » : la mémoire de la Shoah en France, entre devoir et politique », in *Des crimes contre l'humanité en République française (1990-2002)*, textes réunis par Catherine COQUIO et Carol GUILLAUME, L'Harmattan, 2006, contribution disponible **[en ligne]** sur http://aircrigeweb.free.fr/ressources/shoah/Shoah_Kalisky_crimes.html (consulté le 10 octobre 2013).

1188 L'expression *jus gentium*, dont les définitions sont multiples, est ici utilisée dans le sens *in gentium intra se*, c'est-à-dire *« lois des peuples entre eux »*, ou *« ce que les lois de tous les peuples ont en commun »* (John RAWLS, Le droit des gens, Esprit, 1996, p. 39 et suivantes).

la seconde moitié du XX^{ème} siècle, entend les réprimer d'une façon exemplaire en mettant en application tous les enseignements tirés depuis Nuremberg. Sont instaurées à cet effet des juridictions internationales[1189] (Tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda, Cour pénale internationale[1190]) ou internationalisées[1191] qui transcendent les seuls intérêts étatiques et contribuent à l'interprétation uniforme du droit pénal international, quels que soient l'acte en cause, le lieu de sa réalisation, la nationalité de l'auteur et de la victime. Mais pour rendre une justice efficiente, ces instances requièrent une certaine coopération de la part des Etats, ce qui influe nécessairement sur les orientations décidées en France et en Allemagne.

Les années 1990 sont aussi celles du développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[1192], qui s'affirme plus que jamais et pousse les législateurs allemand et français à des modifications conséquentes de leur droit notamment procédural. A l'est du Rhin, on constate une certaine diligence des autorités qui accordent

---

1189 Une juridiction pénale internationale est *« créée par des Etats agissant collectivement et ayant le pouvoir de juger les présumés auteurs de crimes relevant de sa compétence »* (Cf. Anne-Marie LA ROSA, *Dictionnaire de droit international pénal : termes choisis*, P.U.F., 1998, p. 57). Plus précisément, il s'agit d'un organe institué par un acte juridique international et composé de juges internationaux qui ont le pouvoir de juger, selon les règles du droit international, des personnes accusées d'être impliquées dans la commission de crimes internationaux (définition synthétique proposée par Ahmed Fathy KHALIFA, *Les techniques d'imputation devant les juridictions internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 2012, p. 30).

1190 Pour une présentation de l'histoire de cette cour qui a la particularité, par rapport aux autres instances, d'être permanente, Aurélien-Thibault LEMASSON, « Justice internationale (institutions) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, juin 2012, pp. 35-36.

1191 Appelées également « juridictions hybrides » ou « juridictions *sui generis* », elles constituent une troisième voie entre la justice internationale et la justice nationale. Organes judiciaires de composition mixte, elles comprenent des juges internationaux et des juges ayant la nationalité de l'État où le procès a lieu. Le Tribunal spécial pour la Sierra Léone est un exemple. Cf. Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 343. Voir également Photini PAZARTZIS, « Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale ? », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, pp. 641-661 ; et Bernadette AUBERT, « Le jugement des responsabilités politiques par les juridictions pénales internationales ad hoc », in Michel DANTI-JUAN (sous la dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Actes des journées d'études des 30-31 mai 2008, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 26, Cujas, 2008, pp. 185-205.

1192 Ci-après Cour EDH.

de longue date[1193] une place importante à la Convention EDH[1194]. Il en est de même pour les arrêts rendus par les juges de Strasbourg[1195] ; il n'est permis ni aux tribunaux ni au *Bundestag* de les ignorer parce qu'ils reflètent l'état actuel de la réflexion sur les droits de l'homme[1196]. A l'inverse, sur le territoire français, les réticences à intégrer le droit du Conseil de l'Europe sont notoires et cela n'a rien d'étonnant. La France s'est longtemps montrée méfiante sinon défiante face à cette institution[1197]. Si c'est en matière pénale que la Convention a été utilisée pour la première fois[1198] et peut-être le plus souvent[1199], le nombre de condamnations prononcées par la Cour EDH, qui s'est accru dès les années 1990, met en lumière l'étendue des lacunes françaises au regard des prescriptions européennes.

Enfin, sur leur territoire, les deux Etats doivent prendre en considération des attentes inédites. En France, la réforme du Code pénal permet l'introduction d'articles nouveaux en

---

1193 La R.F.A. a été l'une des premières à intégrer la Convention dans son droit. Par acte du 7 août 1952 (*Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, *BGBl*, 1952, II, p. 685), elle a acquis valeur de loi fédérale.

1194 Elle est considérée comme contenant des critères d'interprétation (*Auslegungshilfen*) dont il faut tenir compte pour déterminer le sens et la portée des droits fondamentaux et des principes du droit constitutionnel. Sur ce point, Rainer ARNOLD, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.I.D.C.* n° 3, 2005, vol. 57, p. 807.

1195 Pourtant, la Cour EDH n'est que rarement citée puisque sa fonction d'interprétation n'entre en jeu que lorsque les garanties internes sont inférieures à la protection accordée par la Convention. Néanmoins, il est toujours procédé à une analyse comparative des garanties européennes et internes, souvent tacite.

1196 Relevons néanmoins une exception notable dans la position constante de l'Allemagne au sujet de sa détention de sûreté, malgré des condamnations répétées sur le fondement de l'article 5 §1 de la Convention. Voir Damien ROETS, « De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la… sûreté (CEDH, 5e section, 17 décembre 2009, M. c. Allemagne) », *R.S.C.*, 2010, p. 228 ; Olivier BACHELET, « La détention de sûreté allemande (… et la garde à vue française) confrontée(s) à la Convention européenne des droits de l'homme – CEDH 13 janvier 2011, Kallweit c. Allemagne, Mautes c. Allemagne, Schummer c. Allemagne et Haidn c. Allemagne », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2011.

1197 Sur l'attitude de la France, Bernadette AUBERT, *Le droit international devant la Chambre criminelle (cinquante ans de jurisprudence)*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 1998, publiée aux P.U.F., Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2000, p. 450 et suivantes. Rappelons que ce n'est que le 3 mai 1974, soit plus de vingt ans après son entrée en vigueur, que le Président de la République a ratifié la Convention ; huit ans plus tard, le droit au recours individuel était enfin admis.

1198 La Chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu sa primauté sur la loi nationale par l'arrêt Respino du 3 juin 1975 (n° 75-90.687, *Bull. crim.,* n° 141, p. 382).

1199 Plusieurs réformes ont eu lieu sous l'impulsion européenne, notamment en matière d'écoutes téléphoniques à la suite des arrêts CEDH, Kruslin et Huvig c. France, du 24 octobre 1990.

matière de crimes de masse, qui favorisent une répression plus efficace de ces infractions. Mais cela n'est pas suffisant à apaiser les crispations nées des discours de réfutation de l'Holocauste proférés quelques années auparavant[1200]. Si punir les crimes a toujours été indispensable, protéger la mémoire le devient pour une partie de l'opinion. L'Allemagne, quant à elle, doit asseoir la place qu'elle a retrouvée sur la scène mondiale, en continuant à donner l'image d'un pays démocratique qui n'oublie pas son passé nazi. La réunification ajoute un élément : il faut désormais tenir compte de l'héritage laissé par le régime communiste à l'est, tout autant criminel.

264. Ces données sont décisives pour appréhender les évolutions des législations relatives aux crimes de guerre et contre l'humanité et à leur mémoire, au cours de ce que nous appelons la « troisième génération ». Si la Seconde Guerre mondiale et ses leçons, de même que la jurisprudence européenne, constituent les points d'ancrage d'un rapprochement des systèmes pénaux en vigueur, il demeure d'importantes dissemblances. La prudence déjà observée de l'Allemagne, sur laquelle pèse encore le poids de l'histoire, contraste avec l'attitude ostensiblement plus « spontanée » du Parlement français. Pour rendre compte au mieux de cet état de fait, il convient de dresser un panorama des mutations contemporaines dans les deux ordonnancements juridiques étudiés, par l'examen approfondi d'aspects que la doctrine unanime reconnaît complémentaires[1201] :

- la stabilisation du droit des crimes (Titre I), soit l'étude des règles pénales applicables aux crimes de masse qui pourraient être commis à l'avenir,
- la construction d'un droit mémoriel (Titre II), c'est-à-dire la question de la protection de la mémoire par les politiques criminelles.

1200 Affaire Darquier de Pellepoix, Faurisson, Roques, etc. Cf. supra §§177-178.

1201 C'est par exemple la position revendiquée par Pierre TRUCHE lorsqu'il énonce : *« Il y a deux manières de répondre aux victimes : La première est de faire repentance (...) L'autre manière passe par la justice »* (« L'arme du droit », préface précitée, p. 7) Il indique par là que la reconnaissance et le droit sont les deux dimensions d'un travail constructif et solide pour l'avenir.

TITRE I.

LA STABILISATION DU DROIT DES CRIMES

> « Les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et (…) leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national (…). »[1202]

265. Indubitablement, les instances internes ont un rôle capital à jouer dans la répression des crimes internationaux par nature, en collaboration avec les juridictions internationales et plus particulièrement avec la CPI. En effet, son statut, ratifié par la France[1203] et l'Allemagne[1204], contient l'engagement pris par les Etats d'amender leurs législations afin de soumettre les auteurs de tels crimes à leurs tribunaux. Cette exigence de coopération se fonde sur le principe de complémentarité[1205] des cours internes et de la CPI, esquissé dès le préambule du Traité de Rome et explicité dans son article 1er :

> « Il est créé une Cour pénale internationale (« la Cour ») en tant qu'institution permanente, qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant un portée internationale, au sens du présent Statut. Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. (…) »

Les magistrats nationaux conservent la charge de poursuivre, au premier chef, dans le cadre de leurs procédures et en vertu de leur législation, les personnes soupçonnées d'avoir

---

1202 Traité de Rome portant institution de la Cour pénale internationale, côte A/CONF. 183/ 9, 17 juillet 1998, extrait du préambule (al. 4).

1203 La France a signé le Statut le 18 juillet 1998. La ratification n'est intervenue que le 30 mars 2000, après la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999. Le Parlement réuni en Congrès a inséré un article 53-2 dans la Constitution, aux termes duquel *« La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 »*. Cette modification fait suite à la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 n° 98-408 DC (*JORF*, 24 janvier 1999, p. 1317) qui a jugé certaines stipulations non conformes ou attentatoires aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale : immunités des parlementaires et du Président de la République, compétence de la Cour de Justice de la République pour juger des crimes et délits commis par des membres du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, et grâce (voir infra §366).

1204 A l'inverse de la France, l'Allemagne n'était pas parmi les premiers signataires du traité en juillet 1998, puisqu'elle n'a signé le Statut de Rome que le 10 décembre suivant. La ratification est intervenue le 11 décembre 2000 (*BGBl*, 2000, II, p. 1393), faisant de l'Allemagne le 25ème Etat partie au traité.

1205 Sur le principe de complémentarité, Mireille DELMAS-MARTY, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *R.S.C.*, 2005, pp. 474-477 ; Spyridon AKTYPIS, « L'adaptation du droit pénal français au statut de la CPI : état des lieux », *Droits fondamentaux* n° 7, janvier 2008 – décembre 2009, [**en ligne**]. Disponible sur www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article141 (consulté le 6 mai 2013).

commis un acte visé par le Statut[1206]. En conséquence, la mise en adéquation des droits nationaux au droit pénal de fond et de forme tel que prévu par le Traité est indispensable. Si les Etats demeurent libres dans le choix de l'instrument juridique le plus opportun, ils ne peuvent se soustraire à cette obligation. Une défaillance en la matière entraînerait l'application de l'article 17 qui prévoit la recevabilité d'une affaire devant la Cour lorsqu'un Etat *« n'a pas la volonté ou [est] dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites »*, ou encore lorsque cet Etat *« a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée (...) [par] l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'Etat de mener véritablement à bien des poursuites »*.

266. En Allemagne, plusieurs textes ont été initiés en ce sens. L'article 16 §2 de la Loi Fondamentale[1207] a été modifié pour que les conditions du droit constitutionnel soient propices à la future coopération avec la Cour. A cet effet, elles permettent désormais, dans certaines hypothèses, la remise des ressortissants allemands à la CPI ou à un Etat signataire[1208]. Dans la même optique, a été adoptée la loi d'application du statut de ladite cour[1209]. Mais l'instrument le plus significatif est sans conteste la loi instituant le *Völkerstrafgesetzbuch*[1210] – code de droit pénal international[1211] à part entière – votée le 26 juin 2002 et entrée en vigueur quatre jours plus tard[1212]. Il se décompose en deux

---

1206 On comprend bien que les nécessités pratiques gouvernent cette orientation : *« la CPI n'a ni la vocation ni les moyens de juger tous les criminels ! Elle possède une compétence subsidiaire. Le principe de complémentarité est un principe cardinal du fonctionnement de la justice pénale internationale »*. Cf. Xavier PHILIPPE et Anne DEMAREST, « Remarques critiques relatives au projet de loi « portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale » : la réalité française de la lutte contre l'impunité », *R.F.D.C.* n° 81, janvier 2010, pp. 52-53.

1207 Son ancienne version posée des difficultés substantielles comme nous l'avons déjà souligné (§149).

1208 Voir *BGBl*, 2000, I, p. 1633.

1209 *Gesetz über die Ausführung des Römischen Statut des Internationalen Stragerichtshof* adoptée le 22 juin 2002, *BGBl*, 2002, I, p. 2144.

1210 Ci-après VStGB. Voir *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, BGBl,* 2002, I, p. 2254.

1211 Ci-après D.P.I.

1212 L'objectif de collaboration est clairement affiché dans l'exposé de ses motifs : *« En vue d'adapter le droit pénal matériel allemand au Statut de Rome et de faciliter l'exercice prioritaire des poursuites pénales internes, est créé le dispositif normatif largement autonome d'un code de droit pénal international. Il s'agit avant tout de transposer les dispositions pénales du Statut de Rome. (...) Le code*

parties, générale et spéciale. La première est relativement brève ; elle transpose les règles du Statut relatives à l'imputabilité et à la procédure lorsqu'elles diffèrent de la règlementation pénale allemande. La partie spéciale vient, elle, combler les lacunes du droit interne antérieur quant aux incriminations.

En France, le choix s'est porté sur une modification des codes préexistants, et ce, par trois instruments normatifs : la loi relative à la coopération avec la CPI[1213], la loi autorisant l'approbation de l'accord sur les privilèges et immunités de la CPI[1214] et la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI[1215]. C'est par ce dernier texte que le volet substantiel de la collaboration a été mis en place. Il se compose de dix articles répartis en trois chapitres : modification du code pénal (incriminations et imputabilité), du code de procédure pénale et dispositions finales.

267. L'élaboration de ces textes d'adaptation a manifestement ouvert la voie à une consolidation du droit des crimes de guerre et contre l'humanité, de même qu'à un rapprochement effectif des dispositions françaises et allemandes, très divergentes jusque là. Les Etats ont fait l'effort de réviser leur corpus normatif dans le sens d'une plus grande efficacité de la justice face aux infractions internationales par nature, en modifiant aussi bien la définition de ces crimes (Chapitre 1) que le régime procédural qui doit leur être appliqué (Chapitre 2). Mais des dissemblances restent encore tenaces à l'heure actuelle.

---

de droit pénal international poursuit les objectifs suivants : (…) garantir de façon absolue, compte tenu du principe de complémentarité de la compétence de la Cour pénale internationale pour engager les poursuites, que l'Allemagne soit toujours en mesure de poursuivre elle-même les crimes tombant sous la compétence de la CPI. » Cf. Exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du Code de droit pénal international, *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, *BGBl,* 2002, I, p. 2254 ; extraits disponibles en version française **[en ligne]** sur http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,56/dir,DESC/gid,147/limit,50/limitstart,0/order,name/task,cat_view/ (consulté le 3 mai 2013), ici pp. 15-16.

1213 Loi n° 2002-268 du 26 février 2002, *JORF*, 27 février 2002, p. 3684.

1214 Loi n° 2003-1367 du 31 décembre 2003, *JORF*, 1er janvier 2004, p. 15.

1215 Loi n° 2010-930 du 9 août 2010, *JORF*, 10 août 2010, p. 14678.

CHAPITRE I.

DÉFINITION DES INCRIMINATIONS

« Dès qu'il y a guerre, il y a risque de crimes de guerre, voire de crimes contre l'humanité… ce qui conduit vite à la question des définitions. La réponse n'est pas si simple. »[1216]

268. En Allemagne comme en France, dans l'esprit de tous, il n'est qu'un point de mire : « plus jamais ça ». En parallèle de l'avènement de la justice pénale internationale et sous son impulsion, les législateurs ambitionnent de constituer des corpus normatifs susceptibles d'endiguer tout phénomène « potentialisateur » d'un nouvel Holocauste. Le souvenir sans cesse réactivé des souffrances de la Seconde Guerre mondiale, les difficultés mises en lumière par les procédures intentées depuis 1945 et les nouveaux conflits qui éclatent un peu partout sur la planète les poussent à améliorer leur dispositif de répression des crimes de masse, pour l'avenir. Il est impératif de créer des incriminations applicables aux faits substantiellement qualifiables de crimes de guerre ou contre l'humanité, ou de les modifier, si elles existent, dans le sens d'une pénalisation plus efficace.

Mais si l'objectif est commun, la démarche adoptée n'est pas identique. En France, les avancées se font par étapes ponctuelles. Les premiers efforts sont initiés dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994. Ils s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence criminelle rendue quelques années plus tôt relativement aux crimes contre l'humanité, au cours des grands procès symboliques[1217]. Il faut ensuite attendre la loi d'août 2010, adoptée laborieusement quatre années après le dépôt du premier projet en ce sens[1218], pour que le dispositif soit complété. En Allemagne, il n'y a, en matière de droit de fond, qu'une seule étape, fondamentale : l'adoption du code de D.P.I. en 2002. Par comparaison, d'aucuns jugeront peut-être cette unique intervention un peu tardive mais le

---

1216 M[e] Gilles DEVERS, « Crimes contre l'humanité, crimes de guerre : les définitions de la CPI », article disponible **[en ligne]** sur http://lesactualitesdudroit.20minutes-blogs.fr/archive/2013/02/01/crime-contre-l-humanite-crime-de-guerre-les-definitions-de-l.html (consulté le 21 juillet 2013).

1217 Etudiés §§233-239.

1218 Le projet de loi initial a été déposé pour la première fois sur le bureau de l'Assemblée nationale en 2006, puis ajourné l'année suivante faute d'avoir été étudié, avant d'être à nouveau déposé sur le bureau du Sénat en 2008. Votées en termes identiques par les deux chambres, les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 10 août, après validation par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 5 août 2010, n° 2010-612 DC, Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, *JORF*, 10 août 2010, p. 14682).

temps de la réflexion a servi le droit germanique. En effet, si l'on va aujourd'hui incontestablement vers une définition harmonisée des crimes de guerre (Section I) et des crimes contre l'humanité (Section II)[1219] dans les deux législations, celle développée en Allemagne apparaît plus avancée sinon plus rationnelle.

SECTION I.

DEFINITION DU CRIME DE GUERRE

> « Réduire un ennemi à sa merci ou tenter de le faire suppose que l'on parvienne à l'élimination physique des forces adverses, soit en donnant la mort aux soldats, soit en les capturant et en les internant. Cela entraîne par ailleurs la destruction de ses installations militaires et (…) l'appropriation de biens divers par voie de réquisition, afin d'assurer notamment la subsistance des troupes. C'est dire que toute guerre s'accompagne d'homicides volontaires, d'arrestations et de séquestrations arbitraires, de détournements de biens au préjudice de leurs légitimes propriétaires, de destructions. Tous faits que la loi pénale réprime ordinairement, mais qui, en raison de la situation de guerre, ne sont plus susceptibles d'être déférés devant les tribunaux, pourvu que soient respectées les lois et coutumes de la guerre. »[1220]

269. Dans les années 1990, un même constat interpelle dans les deux Etats : nulle disposition pénale interne n'est identifiable comme incrimination de « crime de guerre ». Autrement dit, il n'existe dans aucun des deux droits pénaux spéciaux de catégorie formelle « crimes de guerre », y compris en France malgré l'entrée en vigueur du nouveau

---

1219 Le choix de traiter les infractions dans cet ordre peut paraître surprenant compte tenu de la « hiérarchie » traditionnellement retenue s'agissant des crimes de masse, mais il est dicté par la volonté de respecter l'histoire juridique internationale qui a vu apparaître la notion de crime de guerre avant celle de crime contre l'humanité.

1220 Pierre TRUCHE et Pierre BOURETZ, « Crime contre l'humanité – Génocide – Crime de guerre – Crime d'agression », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, novembre 2005, p. 10.

Code pénal. Il faut attendre l'adaptation des législations au Statut de la CPI pour voir apparaître expressément une telle dénomination interne. A première vue, l'évolution des normes allemandes et françaises sur ce point est donc parallèle : nous sommes passés d'une absence totale de texte à l'intégration d'un droit particulier des crimes de guerre. Néanmoins, l'analogie n'est pas sans limite. La présence effective d'une qualification pénale ne signifie pas qu'il y ait une parfaite concordance des incriminations désormais en vigueur de part et d'autre du Rhin.

§ 1. ABSENCE D'INCRIMINATION AUTONOME AVANT L'INSTITUTION DE LA CPI

270. L'absence d'infraction autonome identifiée « crime de guerre » dans les codes pénaux des deux Etats au début de la décennie 1990 ne doit pas être interprétée comme le signe d'une indifférence à cette notion. Les poursuites qui ont eu lieu depuis la Seconde Guerre mondiale en sont la démonstration. Tant l'Allemagne fédérale que la France souhaitent lutter contre l'impunité des auteurs d'infractions portant atteinte aux « lois et coutumes de la guerre », selon l'expression consacrée. D'ailleurs, les deux Etats ont ratifié les textes fondateurs en la matière, qu'il s'agisse du droit de La Haye (conventions de 1899[1221] et 1907[1222]) ou de Genève (conventions de 1949[1223] et Protocoles Additionnels I et II de 1977[1224]).

1221 Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre signée à La Haye le 29 juillet 1899 notamment par l'Allemagne et la France, qui l'ont ensuite ratifiée le 4 septembre 1900.

1222 Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre signée à La Haye le 18 octobre 1907 notamment par l'Allemagne et la France, qui l'ont ensuite ratifiée respectivement le 27 novembre 1909 et le 7 octobre 1910.

1223 Convention (I) sur les blessés et malades des forces armées sur terre, Convention (II) sur les blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, Convention (III) sur les prisonniers de guerre, Convention (IV) sur les personnes civiles : rappelons que l'Allemagne a adhéré aux quatre conventions le 21 août 1954 et les a ratifiées le 4 octobre 1959. La France les a signées le 8 décembre 1949 et ratifiées le 28 juin 1951.

1224 L'Allemagne a signé les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève (I) et (II) le 23 décembre 1977 puis les a ratifiés le 14 février 1991, avec de nombreuses déclarations interprétatives concernant le Protocole (I) (voir *BGBl*, 1990, II, p. 1550). La France a ratifié le Protocole (II) le 24 février 1984 et le Protocole (I) le 11 avril 2001.

Cependant, *« s'il semble que la République française n'ait guère omis d'apporter son adhésion [aux] textes [internationaux] et d'en assurer la ratification, son droit pénal spécial se caractérise (…) par un quasi-mutisme sur la répression des crimes de guerre, faute pour le législateur français d'avoir donné à ses engagements internationaux des prolongements concrets sous forme d'incriminations intégrées dans le code pénal »*[1225]. La même posture peut être constatée outre-Rhin, ainsi que le soulignent Robert Roth et Yvan Jeanneret : *« ce n'est pas que l'Allemagne se soit tenue à l'écart du mouvement d'élaboration du droit pénal international par voie conventionnelle »*[1226], mais force est de reconnaître qu'elle n'a pas formellement réceptionné en droit interne celui relatif aux infractions de guerre.

Puisque le principe de légalité criminelle a valeur constitutionnelle dans les deux Etats[1227] et interdit – malgré la valeur supra-législative des traités[1228] – l'imputation d'une responsabilité pénale sur la base du seul droit international[1229], quels sont alors les fondements juridiques de la répression des crimes de guerre dans les années 1990 ? Deux voies peuvent être empruntées pour réprimer ces actes : l'utilisation du droit militaire, d'une part, et celle du droit pénal commun, d'autre part.

1225 Michel DANTI-JUAN et Michel MASSE, « L'évolution du droit français des crimes de guerre », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly, Loyauté, justice et vérité*, La Charte, 2009, pp. 109-110.

1226 Robert ROTH et Yvan JEANNERET, « Droit allemand », in Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 1ère éd., P.U.F., 2002, p. 8.

1227 En France, article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (ci-après D.D.H.C.), reconnue comme ayant valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC, en date du 16 juillet 1971, Liberté d'association (*JORF*, 18 juillet 1971, p. 7114). En Allemagne, article 103 §2 de la Loi Fondamentale du 8 mai 1949.

1228 Article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 et article 25 de la *Grundgesetz*.

1229 Souvenons-nous des difficultés de la répression des crimes en Allemagne au cours des précédentes périodes, qui n'a pu se fonder que sur le droit commun (Cf. supra §§243-248). Et cela est toujours vrai en droit contemporain : l'article 25 ne permet pas de se satisfaire d'un texte international pour sanctinner l'auteur d'une infraction. Pour des explications, Rudolf GEIGER, *Grundgesetz und Völkerrecht : Die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht - ein Studienbuch*, 2ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 1994, p. 168 ; Bruno SCHMIDT-BLEIBTREU et Franz KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 9ème éd., Neuwied, Luchterhand, 1999, article 25 ; Herbert TRÖNDLE, Thomas FISCHER, Otto Georg SCHWARZ et Eduard DREHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49ème éd., Munich, C.H. Beck Verlag, 1999, p. 6.

A. Recours au droit militaire

271. De prime abord, cette option ne paraît pas extravagante. Eu égard à son objet – donner un cadre précis à l'usage par les forces armées de la contrainte nécessaire à l'accomplissement de leurs missions[1230] –, le recours au droit militaire pour sanctionner les auteurs de crimes de guerre est tout à fait compréhensible. Ainsi peut-on identifier plusieurs dispositions normatives susceptibles de fonder des poursuites pour crime de guerre dans la législation militaire française. Certes, on ne trouve aucune référence expresse aux « lois et coutumes de la guerre » jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code de justice militaire en 2007[1231]. En revanche, deux séries de dispositions peuvent être envisagées, qui, sans être explicites sur leur caractère de crime de guerre, semblent répondre à la conception communément admise : les articles L. 322-4 et suivants relatifs aux pillages ainsi que les articles L. 322-6 et suivants sur les destructions de biens, dans les deux cas ces actes étant commis par des militaires. Pour certains auteurs, il faut également se référer au Règlement de discipline générale des armées[1232] en ce qu'il prescrit qu'un soldat au combat doit respecter les règles du droit international applicables aux conflits armés et les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées[1233]. Néanmoins, en raison de leur nature disciplinaire, ces dispositions ont une portée

---

1230 Préambule du *Manuel de droit des conflits armés*, rédigé par la Direction des affaires juridiques du Ministère de la Défense en collaboration avec les Etats-majors, disponible **[en ligne]** sur le site www.defense.gouv.fr (consulté le 27 mai 2013).

1231 Le nouveau Code de la justice militaire est issu de l'ordonnance n° 2006-637 du 1er juin 2006 (*JORF*, 2 juin 2006, p. 8266), entrée en vigueur le 12 mai 2007. Plusieurs de ses dispositions visent les « lois et coutumes de la guerre » : l'article L. 122-3 sur la compétence des juridictions des forces armées, l'article L. 341 relatif aux peines applicables par les juridictions militaires et l'article L. 322-16 faisant référence à l'usurpation d'uniformes, de décorations, de signes distinctifs et emblèmes.

1232 Institué par le décret du 1er octobre 1966 (*JORF*, 8 octobre 1966, p. 8853), remplacé par le décret du 28 juillet 1975 (*JORF* 30 juillet 1975, p. 7732), modifié, notamment et en dernier lieu, par le décret n° 2002-184 du 14 février 2002 (*JORF*, 15 février 2002, p. 2987).

1233 A titre d'illustration, le Règlement de discipline générale des armées limite le principe d'obéissance hiérarchique. Le chef militaire ne peut *« ordonner d'accomplir des actes contraires aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées (...) »* (art. 7). Le subordonné, quant à lui, *« ne doit pas exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal ou contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et aux conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées »* (art. 8).

relativement restreinte. Elles ne sont pas applicables dans le cas d'infractions graves au droit international réalisées par des forces françaises engagées dans un conflit armé[1234].

272. Si aucun article du Code de droit militaire allemand (*Wehrrstrafgesetz*) ne vise les « lois et coutumes de la guerre » en tant que telles, quelques rares dispositions pourraient tout de même être assimilées à des incriminations relevant des crimes de guerre. C'est le cas de deux interdits en particulier, considérés comme des *« violations des obligations professionnelles »* des militaires : le maintien en captivité (*Gefangenenbefreiung* – §120) et l'exécution d'innocents (*Vollstreckung gegen Unsschuldige* – §345). Reste que ces textes se situent dans une section intitulée *« Application du droit commun »*, ce qui n'est pas sans conséquence. En réalité, le « droit de la guerre » n'est employé que pour les infractions « purement » militaires, de type insurrection, désertion, etc. ; les incriminations susceptibles d'entrer dans le champ des crimes de guerre ne sont donc que résiduelles.

Au demeurant, la doctrine interprétant le droit allemand a tendance à passer sous silence l'étude de cette éventualité tant elle paraît inopportune. Elle lui préfère de toute évidence la seconde orientation, celle de l'usage du droit pénal ordinaire[1235]. La même remarque vaut pour l'ordonnancement juridique français où le recours à la justice militaire, s'il est apparemment envisageable, est finalement bien marginal.

B. RECOURS AU DROIT PENAL COMMUN

273. On le sait, la France comme l'Allemagne ont adhéré et ratifié les outils juridiques internationaux destinés à stigmatiser les agissements contraires aux lois et coutumes de la guerre, et par là, à « humaniser » les conflits. Pour autant, aucun de ces deux pays n'a donné suite au processus par l'introduction d'incriminations adéquates dans leur code

---

1234 Julien CANTEGREIL, « Sur la seconde loi française d'adaptation du Statut de Rome – Essai de prospective systémale », *R.S.C.*, 2004, p. 807.

1235 Pour un exemple de cette « occultation volontaire » de la doctrine, voir Robert ROTH et Yvan JEANNERET, « Droit allemand », op. cit., p. 13.

pénal. Dès lors, les deux législations prennent nécessairement appui sur les infractions existantes pour réprimer les actes qualifiables de crimes de guerre, ce qui suscite la critique.

1. Principe

274. En Allemagne, utiliser le droit commun est un choix tout à fait clair et assumé : *« en dépit de plusieurs tentatives infructueuses pour réceptionner en droit pénal interne les crimes de guerre découlant essentiellement des quatre Conventions de Genève de 1949 et de ses Protocoles I et II, (…) l'Allemagne n'a adopté aucune disposition spécifique relative aux crimes de guerre qu'elle ne réprime qu'aux travers des incriminations du droit pénal ordinaire »*[1236]. Par conséquent le juge pénal de la République unifiée applique – comme le faisait avant lui certaines juridictions « de la 1ère génération » et celles « de la 2ème » – les dispositions ordinaires du *Strafgesetzbuch.* Leur formulation apparaît suffisamment large pour embrasser un grand nombre d'infractions prévues par les conventions internationales[1237]. Partant, la répression s'articule autour des normes protégeant la personne humaine : la vie (§211 pour le meurtre aggravé et §212 pour l'homicide volontaire), l'intégrité physique (notamment §223 pour les coups et blessures « *Körperverletzung* » et §226 pour les coups et blessures ayant entrainé la mort « *Schwere Körperverletzung* ») et sexuelle (§§174 à 184), et la liberté (particulièrement le §239 pour la séquestration « *Freiheitsberaubung* »). A ces premières infractions, doivent aussi être ajoutées celles qui ont trait à la propriété (comme celles contenues dans le chapitre 19 relatif au vol et au détournement « *Diebstahl und Unterschlagung* »), qui créent un danger collectif ou ont été commises dans le cadre d'une fonction officielle.

1236 Ibidem.

1237 Sascha Rölf LÜDER, « La répression des violations du droit international humanitaire dans la législation allemande », in *Répression nationale des violations du droit international humanitaire*, Rapport de la réunion d'experts du 23-25 septembre 1997, Genève, C.I.C.R., 1998, p. 232.

275. Le législateur français apparaît moins transparent dans sa démarche. En effet, tant dans les annexes du code Litec que dans l'appendice du code Dalloz, on retrouve la trace de l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre[1238] telle que modifiée par la loi du 15 septembre 1948[1239], toujours d'application en droit interne après l'entrée en vigueur du nouveau code. Dans l'intitulé de cette ordonnance, comme dans le premier alinéa de l'article 1, apparaissent les termes « crimes de guerre » et « lois et coutumes de la guerre », ce qui laisse à penser que cette catégorie est bien infractionnelle, par elle-même :

> « Art. 1. Sont poursuivis devant les tribunaux militaires français et jugés conformément aux lois françaises en vigueur et aux dispositions de la présente ordonnance, les nationaux ennemis ou agents non français au service de l'administration ou des intérêts ennemis, coupables de crimes ou de délits (…) lorsque ces infractions, même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre. »

Néanmoins, cette interprétation doit être écartée au regard de l'expression *« conformément aux lois françaises en vigueur »*, qui exclut l'existence d'un droit spécifique pour les crimes de guerre. Cette contre-analyse se confirme d'ailleurs dans l'alinéa suivant :

> « Sont notamment poursuivies conformément aux dispositions ci-dessus, lorsqu'elles ont été commises dans les circonstances prévues par l'alinéa 1er du présent article, les infractions prévues et punies par les articles 92, 132, 265 et suivants, 295, 296, 301, 302, 303, 304, 309 à 317, 332, 334, 341, 342, 343, 344, 379, 400, 434 459 du Code pénal 5 (…). »

Dans cette logique, l'article 2 énumère les crimes de droit commun qui préexistent dans le code pénal et correspondent à des situations de la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, l'exposition dans les chambres à gaz (article 2-3°) est assimilée à l'empoisonnement de l'ancien article 301 du Code pénal, devenu article 221-5 depuis 1994. De même, la séquestration de l'ancien article 344 du Code pénal, aujourd'hui article 224-1, englobe l'emploi, à des fins d'œuvres de guerre ou de protection de l'ennemi, de prisonniers de guerre et civils requis (article 2-6° et 2-7°).

1238 Ordonnance du 28 août 1944, *JO* (Alger) Ordonnances et Décrets, 30 août 1944, p. 780, étudiée pour les poursuites d'après-guerre, §97 et suivants.

1239 Loi n° 48-1416 du 15 septembre 1945, *JORF*, 16 septembre 1948, p. 9138, évoquée §45 et note n° 432.

276. Au surplus, l'ordonnance de 1944 ne s'applique qu'à l'égard des nationaux ennemis ou agents non français au service de l'administration ou des intérêts ennemis, et depuis la loi de 1948, également à l'égard des coauteurs ou complices de crimes commis par ces individus ou de crimes connexes, pour certains actes délimités. La répression ne peut concerner que les faits perpétrés *« depuis l'ouverture des hostilités soit en France ou dans un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à l'encontre d'un national ou d'un protégé français, d'un militaire servant ou ayant servi sous le drapeau français, d'un apatride résidant sur le territoire français avant le 17 juin 1940 ou d'un réfugié sur un territoire français, soit au préjudice des biens de toutes les personnes physiques visées ci-dessus et de toutes les personnes morales françaises »*[1240]. Ces précisions, fort restrictives en terme de champ d'application *rationae personae*, *loci* et *temporis*, renforcent l'idée d'une grande discrétion du législateur sur la question de la pénalisation des infractions de guerre.

2. Critique

277. Employer le droit commun pose de façon évidente une difficulté eu égard à la signification donnée par le droit international à l'expression « crime de guerre ». En effet, sont niés les particularismes attachés par essence aux actes relevant de cette catégorie infractionnelle : leur gravité, d'une part, la qualité des victimes, d'autre part.

Indubitablement, toute violation du *jus in bello* ne constitue pas un crime de guerre. Le critère d'identification est celui de l'ampleur intrinsèque du fait réalisé, comme l'indiquent les Conventions de Genève lorsqu'elles mentionnent les *« infractions graves »*, seules susceptibles d'engager la responsabilité pénale individuelle de leur auteur. Cet élément est également déterminant de la compétence des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, statutairement limitée aux *« violations graves du droit humanitaire »*[1241]. La jurisprudence du TPIY a d'ailleurs défini ce que l'on doit entendre par « grave », prescrivant la satisfaction de deux conditions cumulatives : l'atteinte à une valeur protégée importante et

---

1240 Art. 1er de l'ordonnance précitée.

1241 Art. 1 des Statuts des TPIY et TPIR.

un préjudice substantiel pour la victime[1242]. De même, le Statut de la CPI tient compte de cette notion de gravité lorsqu'il envisage la commission de crimes de guerre s'inscrivant dans *« un plan ou une politique ou (...) une série de crimes analogues commis sur une grande échelle »* (article 8).

Par ailleurs, la criminalité de guerre a ceci de particulier qu'elle est subordonnée au conflit armé, puisque l'infraction de guerre ne peut exister que s'il y a violation des règles qui régissent les comportements des parties au conflit. Cette spécificité justifie la limitation du champ d'application *ratione personae* des victimes de crimes de guerre aux « personnes protégées » par le droit international humanitaire. Lorsque le conflit est international, cette expression désigne non seulement les ressortissants de l'Etat adversaire mais encore les personnes qui lui doivent allégeance[1243]. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire en cas de guerre civile, elle renvoie aux individus qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités[1244]. Ainsi, *« les mêmes faits, réputés crimes de guerre lorsqu'ils sont commis contre une personne protégée par le droit des conflits armés, ne le sont pas dès lors qu'ils sont commis contre une personne relevant de la partie agissante dans la mesure où elle n'est pas, stricto sensu, une « personne protégée ». La qualité des victimes s'affirme comme condition de la qualification d'actes comme crimes de guerre »*[1245].

278. Or, par principe, le droit pénal ordinaire ne permet pas de distinguer les hypothèses de commission des infractions. Nulle disposition pénale n'envisage d'aggravation de peines du fait de la qualité de la victime « personne protégée » ou « non participante », ni même en raison de l'ampleur des crimes et délits. La doctrine ne manque pas de relever cette lacune en Allemagne – *« (...) le système est insatisfaisant ne serait-ce que parce que le droit pénal ordinaire n'embrasse pas le caractère de gravité particulière de l'atteinte*

1242 TPIY, affaire Delalic et autres, 16 novembre 1998, § 1154.

1243 TPIY, affaire Tadic, 15 juillet 1999, §166.

1244 Sur ce point, voir les décisions TPIY, affaire Kunarac et autres, 22 février 2001, § 407 et TPIR, affaire Georges Ruggiu, 1er juin 2000, §438.

1245 Yann JUROVICS et Laetitia HUSSON, « Crimes de guerre », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, fascicule 20, janvier 2004, p. 32.

aux biens collectifs que protège le droit de la guerre (...) »[1246] – et en France – *« s'il permet de réprimer des actes individuels isolés, [le droit français] ne contient aucune disposition prenant en compte la spécificité des crimes « de guerre » (...). Si l'assassinat, la torture, le viol ou les destructions sont effectivement couvertes par les dispositions ordinaires du code pénal, elles ne le sont pas de manière spécifique en tant que crime de guerre. Attaquer un hôpital est pourtant beaucoup plus grave en période de guerre qu'en temps normal »*[1247][1248].

L'utilisation du droit répressif ordinaire ne fait donc pas l'unanimité, mais faute de mieux, sert de fondement aux poursuites pour crimes de guerre, jusqu'au début des années 2000. Par la suite, la création de la CPI contraint les deux Etats à modifier leurs législations respectives pour s'adapter – ou tenter de le faire avec plus ou moins de bonne volonté – aux stipulations conventionnelles auxquelles ils ont volontairement consenties.

§ 2. CREATION D'UN DROIT SPECIFIQUE DEPUIS L'INSTITUTION DE LA CPI

279. L'adaptation au Statut de Rome est passée par la création indispensable d'un droit spécifique aux infractions de guerre dans les deux ordonnancements pénaux qui nous occupent. Désormais, il existe de part et d'autre du Rhin une catégorie « crimes de guerre » qui permet d'appréhender les particularismes de ces actes. C'est une avancée indiscutable dans la lutte contre l'impunité des auteurs de ce type d'infractions internationales par nature. Comme le souligne Mireille Delmas-Marty, *« l'idée qui fonde la justice pénale internationale n'est pas de bâtir une justice supranationale excluant la justice nationale,*

1246 Robert ROTH et Yvan JEANNERET, « Droit allemand », op. cit., p. 13.

1247 Julien CANTEGREIL, « Sur la seconde loi française d'adaptation du Statut de Rome », op. cit., p. 808. Partageant cette opinion, Claire SAAS, « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome », *A.J. Pénal*, 2007, p. 268.

1248 Notons que ce point a été soulevé au cours des travaux parlementaires sur la loi du 9 août 2010 : *« Ces dispositions éparses ne permettent cependant pas de prendre en compte la spécificité des infractions liées à un conflit armé et leur particulière gravité compte tenu, notamment, de la situation de plus grande vulnérabilité des populations civiles ».* Voir rapport n° 2517 sur le projet de loi n° 951 adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, Thierry MARIANI au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 19 mai 2010, p. 19.

mais (...) de contribuer au rapprochement progressif entre les systèmes pénaux nationaux (...). Un processus d'harmonisation sera progressivement mis en place à mesure que les Etats contractants, à travers les lois de mise en œuvre, procéderont à la transposition du statut qui implique un certain nombre de définitions communes, notamment pour les incriminations ou les conditions de responsabilité »[1249].

Pourtant, la transposition du droit conventionnel ne s'est pas faite avec la même diligence et aujourd'hui, des différences persistent dans les définitions matérielles des infractions de guerre.

280. La première, déjà esquissée, tient à l'emplacement des dispositions incriminatrices. Rappelons que l'Allemagne a fait le choix de l'adoption d'un code spécifique dès 2002, le *Völkerstrafgesetzbuch*, qui *« traduit les principales infractions prévues par le Statut de la Cour pénale internationale en normes pénales internes »*[1250]. La partie spéciale, contenant les définitions des infractions au droit international ainsi que les sanctions y afférentes[1251], comprend trois sections : génocide et crimes contre l'humanité (§6 et 7), crimes de guerre (§8 à 12) et autres crimes (§13 et 14). A l'inverse, le législateur français a fait le choix de la modification du code pénal de 1992. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 août 2010, il existe donc un nouveau livre IV bis intitulé « Des crimes et des délits de guerre » (article 461-1 à 462-11), mais l'intégration de ces dispositions a procédé de nombreux tâtonnements.

281. L'Etat français a d'abord fait appel à la réserve de l'article 124 du Statut[1252], aux termes duquel elle avait décidé de différer, pendant sept ans à compter du 1er juillet 2002,

---

1249 Mireille DELMAS-MARTY, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », op. cit., 2005, p. 477.

1250 Philippe KEUBOU, « Adaptation des législations internes aux exigences de la Convention de Rome – Etude comparative du Cameroun et de quelques pays européens », *R.S.C.*, 2004, p. 848.

1251 De la peine privative de liberté de trois ans pour les infractions les moins graves à la peine privative de liberté à perpétuité pour les crimes les plus odieux.

1252 L'existence même de cette réserve est étonnante puisque l'article 120 précise que le Statut n'admet aucune réserve. La Colombie est le seul autre Etat à s'en être prévalue au moment de ratifier le traité CPI le 5 août 2002 : *« Faisant usage de la faculté que lui reconnaît l'article 124 du Statut et se*

la compétence de la CPI pour les crimes de guerre commis sur son territoire ou par ses ressortissants. Le gouvernement a justifié cette orientation par le souhait d'éviter les plaintes intempestives et abusives, à connotation politique, alors que des troupes armées françaises sont en opération à l'étranger[1253]. Cette réserve, que certains qualifient de « *contracting out* » temporaire[1254], est toutefois reprochable. Comment ne pas remarquer l'incohérence à créer dans le Statut une catégorie de crimes punissables par nature tout *« en lui adjoignant le mode d'emploi pour s'y soustraire »*[1255] ?

Finalement, en juillet 2008, la France a retiré cette réserve[1256]. Elle était donc dans l'obligation d'assurer au niveau national la répression effective des infractions de guerre, au risque de voir la CPI se reconnaître compétente en vertu du principe de complémentarité. Il devenait urgent d'adopter des incriminations spécifiques, *« l'éparpillement des dispositions relatives aux infractions commises en temps de guerre en droit français [tranchant] avec la construction rigoureuse et exhaustive d'une catégorie*

---

conformant aux conditions énoncées par cet article, le Gouvernement colombien déclare qu'il n'accepte pas la compétence de la Cour en ce qui concerne la catégorie de crimes visée à l'article 8 lorsqu'il est allégué qu'un de ces crimes a été commis par des ressortissants colombiens ou sur le territoire colombien. » **[en ligne]**. Disponible sur http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=fr#EndDec (consulté le 22 juillet 2013)

1253 Voir le courrier du Président de la République Jacques Chirac à l'attention de la Coalition française pour la CPI, en date du 15 février 1999, in le dossier « France – Compétence universelle. Etat des lieux de la mise en œuvre de la compétence universelle », rapport du Groupe d'action judiciaire de la Fédération internationale des droits de l'homme (ci-après FIDH) n° 431, octobre 2005, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.fidh.org/IMG/pdf/gaj_compuniverselle2005f.pdf (consulté le 12 mai 2013), p. 9 : *« la définition des crimes de guerre au sens du Statut est distincte de celles des crimes contre l'humanité ou du génocide en ce sens qu'elle peut recouvrir des actes isolés. Des plaintes sans fondement et teintées d'arrière-pensées politiques pourraient donc plus aisément être dirigées contre les personnels de pays qui, comme le nôtre, sont engagés sur des théâtres extérieurs, notamment dans le cadre d'opérations de maintien de la paix. L'expérience permettra de vérifier l'efficacité des garanties intégrées au Statut afin d'éviter de tels dysfonctionnements. »*

1254 C'est-à-dire une sorte de clause de sous-traitance à durée limitée. Voir Rahim KHERAD, « La compétence de la Cour pénale internationale », *Dalloz*, 2000, p. 594.

1255 Claire TREAN, « Vers la prévention des conflits par la dissuasion judiciaire », *Le Monde*, 19-20 juillet 1998.

1256 Sans cette intervention volontaire, elle serait de toute façon tombée au 1er juillet 2009. En Colombie, elle a tacitement cessé de produire ses effets à compter du 1er novembre 2009, alors même que les autorités étatiques avaient annoncé à plusieurs reprises leur intention de procéder à son retrait.

autonome en droit international »[1257]. C'est l'un des apports principaux de la loi promulguée le 9 août 2010.

282. Le choix d'un livre spécifique et surtout sa situation au sein du Code pénal ne font pas consensus. Certains font valoir une rupture illégitime dans l'unité du régime des crimes internationaux par nature[1258]. En effet, les nouvelles incriminations sont formellement détachées de celles portant sur les crimes contre l'humanité, qui figurent dans le Livre II relatif aux infractions contre les personnes. De prime abord, la différenciation semble justifiée puisque certains actes qualifiables de crime ou délit de guerre peuvent ne constituer que des atteintes aux biens. Cependant, *« dans l'échelle des valeurs que symbolise un Code pénal, une telle présentation nous paraît d'ores et déjà regrettable car elle [laisse] entendre qu'au sein des crimes internationaux relevant de la Cour pénale internationale, en droit français, il y aurait des crimes plus graves que d'autres »*[1259].

Mais au-delà de cette question liminaire de forme, c'est sur le terrain du fond des incriminations que les divergences apparaissent le plus nettement. Les deux Etats n'ont pas manifesté la même promptitude à intégrer *in extenso* les prescriptions du droit pénal

---

1257 Etienne VERGES, « Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale - Une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », *R.S.C.*, 2010, p. 900.

1258 Voir l'avis sur la mise en œuvre du Statut de la CPI, adopté par la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, le 19 décembre 2002, disponible **[en ligne]** sur http://www.cncdh.fr/sites/default/files/02.12.19_avis_mise_en_oeuvre_statut_cpi.pdf (consulté le 13 mai 2013).

1259 Laurent DESESSARD, « L'adaptation du droit français au Statut de Rome ou chronique d'une loi annoncée », *R.P.D.P.*, n° 1, janvier-mars 2010, p. 169. Pour une critique similaire, voir Michel DANTI-JUAN et Michel MASSE, « L'évolution du droit français des crimes de guerre », op. cit., p. 113. Ils s'étonnent de voir ces infractions *« reléguées »* dans ce qu'ils appellent une *« soupente »*. Ils évoquent d'autres choix possibles : l'insertion dans le livre II relatif aux crimes contre l'humanité, éventuellement dans le Livre V « Autres crimes et délits », ou encore dans le Code de justice militaire après quelques aménagements. Voir également, Bernadette AUBERT, « Les infractions portant atteinte aux valeurs essentielles pour l'Humanité : une construction législative non aboutie », in *Etudes offertes en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Éditions Nemesis/Anthemis, Collection Droit et Justice n° 110, 2014, p. 30. L'auteur estime qu'il aurait été plus judicieux de placer, comme c'est le cas pour les infractions contre l'espèce humaine, les crimes de guerre dans le Livre II et les délits de guerre dans le Livre V : *« Certes, la lisibilité aurait été moins nette (rappelons que le Livre V est intitulé « Autres crimes et délits »). Mais il y aurait eu, par ce parallélisme des répartitions, une certaine logique et, surtout, l'envoi d'un signal fort de ce qui est gravissime et de ce qui l'est moins ».*

international : le droit français se situe aujourd'hui en-deçà de la protection mise en place par le Statut de Rome alors que le *Völkerstrafgesetzbuch* le dépasse.

A. Le droit français, en deça du Statut de Rome

283. Par l'intégration aux articles 461-1 et suivants du Code pénal d'infractions formellement qualifiées « crimes et délits de guerre », c'est une importante lacune du droit interne qui est comblée. Pourtant, le dispositif instauré est manifestement imparfait par rapport à l'article 8 du Statut de la CPI. Remarquons que le droit français distingue selon que l'acte est un crime ou un délit, distinction qui n'est envisagée ni par le Traité de Rome ni par les Conventions de Genève. Il est vrai que l'appellation « crime » utilisée en droit international ne correspond pas à la conception tripartite française fondée sur une échelle de gravité des actes commis. Par ailleurs, cela ne semble pas contraire aux dispositions du Statut puisque l'article 77 ne prévoit pas de peine minimale d'emprisonnement et que seules des atteintes aux biens sont susceptibles de qualification délictuelle. Toutefois, cette catégorisation peut surprendre. Elle conduit à la correctionnalisation de comportements que le Statut considère comme des crimes[1260]. Or, *« le fait que certaines infractions aux lois et coutumes de la guerre puissent être qualifiées de « délits » paraît peu conciliable avec la gravité des actes incriminés et conduit à introduire une gradation dans les « infractions graves » du droit international humanitaire*[1261] *qui n'existe nulle part en droit international »*[1262]. Qu'il ne soit retenu qu'une qualification délictuelle en présence d'une infraction universellement considérée comme l'une des plus odieuses, ou à tout le moins, l'une des plus graves, est difficile à concevoir.

1260 Il en est ainsi pour la détention illégale lorsqu'elle est inférieure à sept jours, qui est passible d'une peine privative de liberté de dix ans (article 432-4 combiné à l'article 462-1 5°), alors qu'il s'agit d'une violation grave de la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

1261 Ci-après D.I.H.

1262 Ghislain Poissonnier, « Cour pénale internationale : la France refuse de respecter l'ensemble de ses engagements internationaux », *Gaz. Pal.,* n° 41, 25 novembre 2010, p. 2728.

284. Cette première observation formulée, il convient de s'intéresser plus avant à la substance même des infractions nouvellement adoptées. A cet égard, la loi de 2010, en apparences fidèle aux stipulations de l'article 8, comporte des limites qui restreignent considérablement la portée de la répression des crimes de guerre.

1. Fidélité

285. Les nouveaux textes s'inspirent assez largement de l'article 8 du Statut, avec une nuance concernant la présentation, jugée plus claire par certains[1263], plus confuse par d'autres[1264]. Le Livre IV bis se compose de deux chapitres, le premier étant consacré à la définition des infractions et le second à quelques dispositions particulières tenant à l'imputation et aux peines encourues. Le plan adopté dans le chapitre 1er est plutôt explicite : une définition générale des crimes et délits de guerre (art. 461-1 du Code pénal[1265]), puis une énumération des crimes et délits communs aux conflits armés internationaux ou internes[1266], avant d'aborder les infractions propres à chacune des deux hypothèses[1267]. En conséquence, *« les différents actes constitutifs de crimes de guerre*

1263 Laurent DESESSARD, « L'adaptation du droit français au Statut de Rome ou chronique d'une loi annoncée », op. cit., p. 170.

1264 Xavier PHILIPPE et Anne DEMAREST, « Remarques critiques relatives au projet de loi « portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale » : la réalité française de la lutte contre l'impunité », op. cit., p. 55.

1265 Art. 461-1 : *« Constituent des crimes ou des délits de guerre les infractions définies par le présent livre commises, lors d'un conflit armé international ou non international et en relation avec ce conflit, en violation des lois et coutumes de la guerre ou des conventions internationales applicables aux conflits armés, à l'encontre des personnes ou des biens visés aux articles 461-2 à 461-31. »*

1266 On retrouve dans cette catégorie les atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, à la liberté individuelle (art 461-2 à 461-7), les infractions engendrées par l'emploi de moyens ou méthodes de combat prohibés (art. 461-8 à 461-14) et les atteintes aux biens (art. 461-15 à 461-17). Ajoutons l'article 461-18 qui incrimine la participation à une entente ou à un groupement en vue de la préparation d'un crime ou d'un délit de guerre.

1267 Pour les conflits internationaux (art. 461-19 à 461-29), on peut retenir, à titre d'exemples, le fait de déclarer les droits et actions des nationaux de la partie belligérante adverse irrecevables en justice, forclos ou suspendus, en raison de leur nationalité, ou encore l'utilisation de la méthode de guerre consistant à affamer des personnes civiles en les privant délibérément de biens indispensables à leur survie. Pour les conflits internes (art. 461-30 et 460-31), relevons le déplacement de populations civiles non indispensable pour leur sécurité et les besoins de l'action militaire, prononcé et exécution de condamnations pénales sans jugement préalable par un tribunal régulièrement constitué et respectant les garanties judiciaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles Additionnels.

selon l'article 8 [sont] ainsi couverts »[1268]. Quant aux peines afférentes, *« la répression s'opère dans les limites imparties par le Traité de Rome »*[1269] ; le chapitre 2 du Livre IV prévoit des sanctions différentes selon que l'acte soit un crime ou un délit ordinaire commis dans le contexte singulier d'un conflit armé[1270] ou qu'il s'agisse d'une infraction spécifiquement créée comme crime ou délit de guerre[1271].

286. Une attention particulière doit être portée à l'incrimination de l'article 461-7 du Code pénal qui interdit l'enrôlement et la conscription dans les groupes et forces armés des mineurs de 18 ans, là où le Statut de Rome n'envisage que les mineurs de 15 ans (article 8.2.b.xxvi et 8.2.e.vii). Cette orientation – plus rigoureuse que le droit conventionnel – s'explique par le souci du législateur de se conformer, à l'âge de la majorité en droit interne, d'une part, et aux engagements pris par la France dans le cadre du protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (article 2)[1272], d'autre part[1273]. En tout état de cause, il s'agit bien de la seule disposition dans le sens d'un dépassement du Statut de Rome.

1268 Laurent DESESSARD, « L'adaptation du droit français au Statut de Rome ou chronique d'une loi annoncée », op. cit., p. 170.

1269 Michel DANTI-JUAN et Michel MASSE, « L'évolution du droit français des crimes de guerre », op. cit., p. 113.

1270 Atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, enlèvement et séquestration définis dans le Livre II du Code pénal et visés par l'article 461-2, atteintes à la liberté individuelle de l'article 432-4 auquel l'article 461-6 fait renvoi, vols, extorsions, destructions, dégradations et détériorations de biens définis par le Livre III du Code pénal, recel du produit de ces infractions et tentative (articles 461-16 et -17). Pour ces infractions, la peine de droit commun est aggravée pour tenir compte des circonstances. L'article 462-1 prévoit sept degrés d'aggravation allant de la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est classiquement punie de trente ans, au double de la peine encourue lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus.

1271 Par exemple, l'auteur de mutilations ou d'expériences médicales ou scientifiques non justifiées par des raisons thérapeutiques ou par l'intérêt des personnes de la partie adverse qui en sont victimes, et qui entraînent leur mort ou portent gravement atteinte à leur santé ou à leur intégrité physique ou psychique, encourt la réclusion criminelle à perpétuité (art. 461-3). La même peine est fixée pour l'utilisation de poison ou armes empoisonnées, de gaz asphyxiants, toxiques ou assimilés, de balles qui déforment facilement le corps humain, etc. (art. 461-23).

1272 Protocole additionnel à la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, adopté par l'Assemblée Générale des Nations-Unies à New York le 25 mai 2000. Ayant signé ce protocole le 6 septembre 2000, la France l'a ratifié le 5 février 2003.

1273 Voir rapport n° 2517 sur le projet de loi n° 951 adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, op. cit., p. 63.

2. Réticences

287. Il faut se garder de porter un regard trop positif sur les nouveaux articles, dont l'étude approfondie met en exergue plusieurs éléments ambivalents. En effet, les réserves à l'égard du droit international sont flagrantes lorsqu'on s'arrête sur les déclarations faites par la France au moment de la ratification du Statut de la CPI[1274]. Elles apportent un important bémol à la punissabilité des crimes de guerre en droit interne :

> « I . Déclarations interprétatives :
>
> (…) (2) Les dispositions de l'article 8 du Statut, en particulier celles du paragraphe 2 b), concernent exclusivement les armements classiques et ne sauraient ni réglementer ni interdire l'emploi éventuel de l'arme nucléaire ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres armes, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense, à moins que l'arme nucléaire ou ces autres armes ne fassent l'objet dans l'avenir d'une interdiction générale et ne soient inscrites dans une annexe au Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123. »[1275]

Une telle déclaration est alarmante. Si la partie « légitime défense » concerne le crime d'agression[1276] (article 8bis du Statut, tel que modifié par la Conférence de révision de Kampala en juin 2010[1277]), la problématique du recours à l'arme nucléaire reste entière. Cantonner les dispositions du Statut aux *« armements classiques »* revient à admettre

---

1274 Déclarations qualifiées de *« réserves illicites »* parce qu'elles limitent ou modifient la définition des crimes, mais qui n'ont recueilli aucune objection de la part des Etats parties au Statut. Voir Amnesty International, « Cour pénale internationale : Déclarations constituant des réserves prohibées au Statut de Rome », novembre 2005, [**en ligne**]. Disponible sur http://www.amnesty.org/fr/library/asset/IOR40/032/2005/fr/8a00ead8-f790-11dd-8fd7-f57af21896e1/ior400322005fr.pdf (consulté le 13 mai 2013), ici p. 34.

1275 Etat des ratifications du Statut de la CPI et des déclarations des Etats parties, [**en ligne**]. Disponible sur http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=fr#EndDec (consulté le 13 mai 2013).

1276 Comme le relève le Comité internationale de la Croix rouge, *« il apparaît évident que le droit à la légitime défense ne comporte pas le recours à des mesures qui seraient contraires au droit international humanitaire, même s'il s'agit d'une agression établie reconnue comme telle par le Conseil de Sécurité ».* En d'autres termes, le droit humanitaire s'applique à toutes les parties au conflit, indépendamment des circonstances dans lesquels il a été initié. En ce sens, cette première partie de déclaration, qui écarte l'application du Statut de Rome lorsque la France est victime d'une agression, semble totalement inadmissible car contraire aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles Additionnels. Cf Amnesty International, « Cour pénale internationale : Déclarations constituant des réserves prohibées au statut de Rome », op. cit., p. 36.

1277 Voir supra Introduction générale, note n°27.

l'absence de crimes de guerre dans les autres hypothèses. En somme, ce qui est interdit pour le recours aux armes traditionnelles est autorisé en cas d'utilisation de l'arme nucléaire. La porte est ici ouverte à toutes les dérives : emploi de ce moyen de combat particulièrement dévastateur contre des populations civiles, des villes ou des villages non défendus ou qui ne représentent pas d'objectifs militaires, etc. Malgré tout, faisant écho à cette déclaration et « sourde oreille » aux critiques, le législateur a entendu introduire en toute fin du Livre IV bis un article 462-11, contestable et contesté[1278], qui dispose :

> « N'est pas constitutif d'une infraction visée par le présent livre le fait, pour accomplir un acte nécessaire à l'exercice par la France de son droit de légitime défense, d'user de l'arme nucléaire ou de toute autre arme dont l'utilisation n'est pas prohibée par une convention internationale à laquelle la France est partie. »

288. De plus, les articles 461-1 et suivants ne reprennent pas littéralement la liste des crimes de guerre visés à l'article 8. Cela a pour conséquence d'exclure d'office de cette catégorie d'infractions des actes pourtant qualifiés ainsi par la jurisprudence pénale internationale. C'est le cas du crime d'esclavage sexuel, formellement absent alors que les tribunaux *ad hoc* en ont précisé les spécificités, notamment dans les affaires Alex Brima et consorts[1279], Issa Sesay et consorts[1280] et Charles Taylor[1281]. La transposition demeure donc vraisemblablement incomplète.

1278 Selon Michel DANTI-JUAN et Michel MASSE, ce texte est *« de nature à permettre à la France de se mettre en congé de respect de droit international humanitaire si le pire se produisait ».* Voir « L'évolution du droit français des crimes de guerre », op. cit., p. 115.

1279 Affaire Procureur c. Alex Brima, Ibrahim Kamara and Santigie Kanu, n° 2004-16-PT, T.S.S.L., 20 juin 2007. Voir à ce propos, Claire FOURÇANS, « Les violences sexuelles faites aux femmes pendant les conflits armés et la réponse des juridictions pénales internationales », Séminaire « Femmes et conflits » organisé le 29 avril 2008 à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne de Paris, [**en ligne**]. Disponible sur http://www.viol-tactique-de-guerre.org/IMG/pdf/_Claire_Fourcans_1_.pdf (consulté le 13 mai 2013), p. 3.

1280 Affaire Procureur c. Issa Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao, n° 2004-15-PT, T.S.S.L., 25 février 2009.

1281 Affaire Procureur c. Charles Taylor devant le T.S.S.L. délocalisé à La Haye dès juin 2007, qui a conduit à sa condamnation le 26 avril 2012 (décision n° 2003-01-PT).

289. Enfin, la transformation de certaines conditions d'imputation fixées par le Statut de Rome semble conduire à un assouplissement de la pénalisation, comme le font remarquer Xavier Philippe et Anne Desmarest à propos du nouvel article 461-3[1282]. Alors que le Statut parle d'expériences ou mutilations de personnes sans justification thérapeutique dont les conséquences portent *« sérieusement »* atteinte à leur santé ou à leur intégrité physique et psychique[1283], le texte français envisage celles y portant une atteinte *« grave »*. Cette divergence sémantique aurait pu passer inaperçue si elle ne rendait pas en réalité la condition plus restrictive. Au surplus, le texte français semble plus clément en ce qui concerne les atteintes aux biens, qui ne caractérisent pas des infractions de guerre lorsqu'elles sont justifiées par des nécessités militaires (article 461-16). Or, sur ce point, le D.P.I. ne prévoit l'exonération de responsabilité que pour les infractions *« impérieusement »* commandées par les nécessités du conflit (article 8.2.e.xii), précision loin d'être anodine.

290. On le voit, le législateur français ne brille pas vraiment par les efforts qu'il a déployés en matière de crimes de guerre. Il aurait pourtant été plus simple et plus lisible de reprendre *a minima* les incriminations consacrées par le Statut de Rome. Mieux encore, le Parlement aurait pu prendre exemple sur le système répressif allemand, marqué par une très grande fermeté liée à l'intégration des normes coutumières.

B. Le droit allemand, au-dela du Statut de Rome

291. Avec l'adoption du *Völkerstafgesetzbuch*, l'Allemagne s'est dotée d'un corpus juridique très cohérent et solide concernant le droit des crimes de guerre. La partie spéciale du code pallie les lacunes du droit précédemment en vigueur par l'intégration des crimes

---

1282 Xavier PHILIPPE et Anne DEMAREST, « Remarques critiques relatives au projet de loi « portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale » : la réalité française de la lutte contre l'impunité », op. cit., p. 56, note n° 48.

1283 Art. 8.2.b.x : *« Le fait de soumettre des personnes d'une partie adverse tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé (...) »*

internationaux. Notons d'emblée que les infractions de guerre n'y sont appréhendées que sous la qualification criminelle, contrairement au droit français (section 2, articles 8 à 12). Et s'agissant des incriminations, elles sont quasiment calquées en substance sur le Statut de Rome, sauf modifications induites par les principes de légalité criminelle et de précision de la norme pénale. Dès lors, il faut bien admettre, à la suite de Stefano Manacorda, que *« le législateur allemand a accompli un effort non négligeable de rationalisation »*[1284], ne s'éloignant du droit de la CPI que lorsqu'il a jugé nécessaire de le clarifier ou d'aller plus loin dans la répression. Les seules différences avec l'article 8 du Statut tiennent donc à la prise en compte du droit coutumier dans la définition de certains éléments constitutifs et à la classification des infractions.

1. Prise en compte du droit coutumier

292. Lorsque le *Bundestag* a décidé de codifier les crimes de guerre dans un code spécifique, le groupe chargé de la réflexion sur le sujet a proposé d'inclure les infractions graves du Premier Protocole Additionnel aux Conventions de Genève, parce qu'elles reflètent l'état de la coutume internationale bien établie. La méthode de travail choisie est pour le moins atypique : *« on the whole, the basic underlying idea of the new German law [is] to compare the Rome Statute on one side and the four Geneva Conventions and Additional Protocol I on the other, and in the case of a conflict, to introduce into domestic German law those provisions which would eventually provide for a larger scope of application »*[1285]. Par ailleurs, ont également été pris en compte les statuts et la jurisprudence des TPIY et TPIR, qui ont une *« signification fondamentale en vue de la constatation de l'existence d'une coutume internationale dans le domaine des crimes de*

1284 Stefano MANACORDA, « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », *R.S.C.*, 2003, p. 514.

1285 *« Dans l'ensemble, l'idée de base sous-jacente de la nouvelle loi allemande [est] de comparer le statut de Rome d'un côté et les quatre Conventions de Genève et le Protocole Additionnel I de l'autre, et en cas de conflit, de fixer dans la loi interne des dispositions qui permettraient finalement le plus grand champ d'application possible. »* (Traduction proposée). Cf. Andreas ZIMMERMANN, « Main features of the new German Code of Crimes against International Law », in Matthias NEUNER (sous la dir.), *National Legislation Incorporating International Crimes – Approaches of Civil and Common Law Countries*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2003, pp. 145-146.

guerre »[1286]. Cela conduit de fait à un dépassement des prescriptions du Statut de Rome, qui mérite d'être salué.

293. L'article 8-3.1 VStGB est une illustration de ce phénomène en ce qu'il dispose :

> « Quiconque, en relation avec un conflit armé international maintient illégalement en détention une personne protégée (…) ou retarde sans justification son rapatriement (…) est puni d'une peine privative de liberté d'au moins deux ans ».[1287]

Le rapatriement tardif, visé par l'article 85.4.b du Protocole Additionnel I, n'est pas envisagé par le Statut de la CPI. Cette orientation se conçoit si l'on considère qu'un délai injustifié pour le rapatriement induit par essence une détention illicite. Partant, une référence à l'interdiction de l'article 85.4.b peut sembler superfétatoire. Cependant, le législateur allemand a pris le parti d'inclure spécifiquement le rapatriement tardif dans sa liste d'infractions, puisqu'il s'agit d'une infraction grave au D.I.H. coutumier qui se banalise et doit être stigmatisée[1288].

Certains pourraient objecter que le législateur allemand n'est pas allé au bout de sa démarche, en prenant appui sur les dispositions relatives à l'apartheid. Alors que l'article 85.4.c du Protocole Additionnel I prévoit que l'apartheid constitue une infraction grave, il n'est pas incriminé en tant que tel dans l'article 8 VStGB. Néanmoins, les partisans de cette exclusion ont fait valoir lors des débats parlementaires que de telles pratiques peuvent être punies sous la qualification d'atteintes à la dignité humaine caractérisant un crime de guerre comme le prévoit l'article 8-1.9[1289]. Dès lors, les comportements constitutifs du crime d'apartheid sont bien, en substance, réprimés par le nouveau texte[1290].

1286 Voir l'exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du Code de D.P.I., op. cit., p. 38.

1287 Une traduction française du VStGB est disponible **[en ligne]**, http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,56/dir,DESC/gid,147/limit,50/limitstart,0/order,name/task,cat_view/ (consulté le 20 mai 2013).

1288 Voir l'exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du Code de D.P.I., op. cit., p. 148.

1289 *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs mit Begründung*, Bundesministerium der Justiz, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, p. 62.

1290 Nous verrons par la suite que l'apartheid est aussi réprimé en tant que crime contre l'humanité depuis 2002 (Cf. infra §323).

294. En définitive, le *Völkerstafgesetzbuch* reprend l'article 8 du Statut lorsqu'il transpose le droit des Conventions de Genève et de leurs Protocoles Additionnels. En revanche, là où la coutume internationale est plus sévère, le législateur allemand opte pour l'intégration d'incriminations inconnues par la CPI. Cela n'est pas sans impact sur la présentation formelle que revêtent les dispositions relatives aux crimes de guerre.

2. Classification singulière

295. Par souci de clarté et de lisibilité du nouveau système répressif, le législateur allemand a retenu une construction originale, qui s'éloigne du plan de l'article 8 du Traité fondé sur le critère de l'internationalisation ou non du conflit en cause. La demarche est une fois de plus inédite : *« an attempt was also made in the Völkerstrafgesetzbuch to harmonize, at least as far as possible, the rules applying to international armed conflicts and those applying to non-international armed conflicts. Thus, the CCAIL*[1291] *first covers all those war crimes, which can be committed in either international or non-international armed conflict. If then, and only to the extent necessary, distinguishes between those war crimes which can solely be committed in non-international armed conflict »*[1292]. Autrement dit, la plupart des crimes de guerre prévus aux articles 8 à 12 VStGB sont indifféremment punissables que le conflit armé soit interne ou international, sauf à ce que le droit international ne reconnaisse pas l'équivalence entre ces deux hypothèses, ce qui fait alors l'objet de précisions textuelles spécifiques.

296. Si la nature du conflit importe peu, la classification opérée dans le Code de D.P.I. allemand s'articule autour de la distinction entre le droit dit « de Genève » et celui dit « de La Haye ». On entend par « droit de Genève » les atteintes à certaines valeurs protégées :

1291 CCAIL : Code of Crimes Against International Law, soit le VStGB.

1292 *« Une tentative a été aussi faite dans le Völkerstrafgesetzbuch d'harmoniser, autant que possible, les règles s'appliquant aux conflits armés internationaux et aux conflits armés non-internationaux. Ainsi, le CCAIL recouvre tous les crimes de guerre, qu'ils soient commis au cours d'un conflit armé ou non. Ce n'est qu'en cas de nécessité que la loi distingue les crimes commis dans le cadre d'un conflit armé interne. »* (Traduction proposée). Cf. Andreas ZIMMERMANN, « Main features of the new German Code of Crimes against International Law », op. cit., p. 146.

- la personne humaine (article 8) : les deux premiers alinéas sont applicables que le conflit soit interne ou international, bien que, dans la plupart des cas, les actes répréhensibles ne concernent que les *« personnes protégées par le droit international humanitaire »* au sens de l'article 8-6[1293]. L'application de ces normes au cas de guerre civile est exclue par l'alinéa 3, en cas de maintien illégal en détention ou rapatriement tardif de prisonniers, transfert forcé de la population civile de la puissance occupante en territoire occupé, conscription forcée dans les rangs ennemis, participation forcée à des actes de guerre menés par l'ennemi ;

- le droit de propriété protégé quelque soit la nature du conflit, et d'autres droits tels que les droits de créance protégés en cas de conflit armé international (article 9) ;

- les opérations humanitaires et les emblèmes qui sont eux protégés en tout temps (article 10).

Le « droit de La Haye » intéresse pour sa part les limitations des méthodes (article 11[1294]) et moyens (article 12[1295]) pour la conduite de guerre. Dans les deux hypothèses, l'applicabilité de ces dispositions aux conflits internes est admise, nonobstant ce que prévoit le Statut de Rome et conformément à la jurisprudence du TPIY[1296] en tant que composante du droit coutumier.

297. En fin de compte, les deux droits connaissent aujourd'hui la dénomination « crimes de guerre ». C'est un point commun et la marque d'une avancée capitale, comparé aux systèmes en vigueur au début de la décennie 1990. Pour autant, les évolutions ne se sont pas faites au même rythme et avec la même application. Le législateur français a

---

1293 Art. 8-6 : *« Les personnes protégées par le droit international humanitaire sont (…) 3. Dans un conflit armé international ou non international : les membres des forces armées et les combattants de la partie adverse qui ont déposé les armes ou qui, de toute autre manière, n'ont plus de moyen de se défendre. »*

1294 Par exemple, l'attaque d'une population civile ou de civils pris individuellement au moyen de matériels militaires (art. 11-1 1°), ou bien l'usage de personnes protégées comme boucliers humains (art. 11-1 4°).

1295 Par exemple, le recours à des armes biologiques ou chimiques (art. 12-1 2°). Le seul usage d'un moyen prohibé est répréhensible en tant que tel, indépendamment de la production d'un dommage qui constituera une circonstance aggravante (art. 12-2).

1296 TPIY, affaire Procureur c. Tadic, 2 octobre 1995, § 119.

avancé pour le moins « frileusement » vers la pénalisation de ces infractions. Son homologue allemand s'est montré particulièrement zélé dans cette entreprise, dans un souci de rationalisation et d'harmonisation des normes internes existantes avec le Statut de Rome et le droit pénal international coutumier. L'ordonnancement allemand offre donc un socle plus satisfaisant de dispositions répressives en matière d'infractions de guerre, ce qui est aussi le cas en matière de crimes contre l'humanité.

SECTION II.

DEFINITION DU CRIME CONTRE L'HUMANITE

« Le crime contre l'humanité est la borne commune à toutes les cultures. »[1297]

298. Les décennies 1980-90 ont vu l'ombre des crimes contre l'humanité commis pendant le second conflit mondial planer dans les esprits et sur les procédures pénales, en France comme en Allemagne fédérale. L'ampleur et la singularité des atrocités subies formaient comme une chape de plomb sur les débats juridico-politiques. Cependant, ces deux Etats, partenaires dans la construction d'une Europe qui se veut fondée sur un *« espace de liberté, de sécurité et de justice »*[1298], avaient une conception juridique du crime contre l'humanité très différente au moment de passer le cap de l'an 2000. Assurément, l'entrée en vigueur des lois d'adaptation au Statut de la CPI a rapproché les deux législations de manière notable, poussées à l'harmonisation de leurs normes par la volonté toujours plus forte de lutte contre l'impunité des crimes de masse. Mais

---

1297 Mireille DELMAS-MARTY, *Revue Le monde de l'éducation*, juillet-août 2001.

1298 Objectif inclus dans le Traité sur l'Union européenne (ci-après TUE) par le Traité d'Amsterdam signé, entre autres pays, par la France et l'Allemagne le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999 (art. 3 §2).

« rapprochement » ne signifie pas « unicité » ; la convergence opérée est loin d'être absolue.

§ 1. DIVERGENCES MANIFESTES AVANT L'INSTITUTION DE LA CPI

299. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal français en 1994, alors que les deux droits incriminent formellement le génocide, il n'existe pas outre-Rhin de disposition relative au crime contre l'humanité. Ainsi, la première divergence, qui est certainement la plus visible, tient à la problématique des textes d'incrimination.

A. UNIQUE INCRIMINATION EN DROIT ALLEMAND

300. La partie spéciale du *Strafgesetzbuch* ne connaît pas l'expression « crime contre l'humanité », avant comme après sa refonte en 1998[1299]. Pourtant, l'Allemagne ne se désintéresse pas de la question. La République unifiée, comme la R.F.A. d'avant 1990, a simplement opté pour une répression des actes qualifiables « crimes contre l'humanité » par le recours au droit commun : atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou sexuelle et à la liberté. Cette orientation semble à première vue cohérente au regard de celle adoptée pour le crime de guerre – pas d'incrimination particulière – mais soulève simultanément les mêmes critiques[1300] : *« One might argue, however, that the specific character of such crimes against humanity, i.e. that they are committed as part of a widespread or systematic attack against a civilian population, was not sufficiently addressed by the regular German criminal law offences, such murder or manslaughter »*[1301]. La doctrine[1302] juge cette

---

1299 La réforme s'est réalisée par deux lois deux en date du 26 janvier 1998, la première dite « Sixième loi de réforme du droit pénal » et la seconde tendant à lutter contre les délits sexuels et autres infractions dangereuses (*BGBl*, 1998, I, p. 160 et p. 164). Mentionnons également une loi du 4 mai 1998 relative à la criminalité organisée (*BGBl*, 1998, I, p. 845) qui a parfait le dispositif. La partie spéciale telle que refondue a été officiellement promulguée le 13 novembre 1998 (*BGBl*, 1998, I, p. 3322).

1300 Sur le crime de guerre, voir supra §§277-278.

1301 *« Certains pourraient arguer, cependant, que le caractère spécifique de tels crimes contre l'humanité, c'est-à-dire qu'ils sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, n'est pas suffisamment pris en compte par l'utilisation des délits ordinaires du droit*

solution inadéquate dans la mesure où les infractions ordinaires ne protègent que des intérêts individuels. Par conséquent, elles ne permettent en rien de saisir le caractère éminemment collectif de l'offense faite à l'espèce humaine ou à *« l'irréductible humain »* au sens que donne Mireille Delmas-Marty à cette expression[1303].

301. En revanche, l'infraction de génocide (*Völkermord*) est, elle, formellement prévue par le code au §220a, dans la section 16 intitulée « crimes contre la vie humaine »[1304], et ce, depuis 1955[1305]. C'est une conséquence logique de la ratification par la R.F.A. de la Convention sur la prévention et la répression du génocide de 1948[1306]. D'ailleurs, la définition qui en est donnée est rigoureusement identique à celle du texte international :

> « Wer in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse, oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, 1. Mitglieder des Gruppe tötet, 2. Mitgliedern der Gruppe schwere köperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in §224 bezeichneten Art, zufügt, 3. die Gruppe unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, deren körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen, 4. Massregeln verhängt, die Geburten innerhalb der Gruppe

---

pénal, tel que le meurtre ou l'homicide » (Traduction proposée). Cf. Andreas ZIMMERMANN, « Main features of the new German Code ou Crimes against International Law », op. cit., p. 140.

1302 Notamment Gerhard WERLE, « Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht », *Juristenzeitung*, 2000, p. 757.

1303 Voir Mireille DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *R.S.C.* 1994, p. 477. Juliette LELIEUR a d'ailleurs remarqué que cet « irréductible humain » n'est pas un bien juridique pour le code pénal allemand, malgré de nombreuses réflexions doctrinales sur le sujet. Cf. « Le crime de génocide en Allemagne », in Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, vol. 7, Editions de la M.S.H., 2001, p. 228.

1304 Ce qui semble confirmer la remarque précédente. Pourtant, la jurisprudence a pris une orientation différente, estimant que *« la valeur protégée par le crime de génocide ne s'identifie pas aux biens juridiques individuels des personnes victimes des actes commis mais consiste en l'existence du groupe en tant que tel, et l'aspect inhumain (...) réside dans le fait que les auteurs ne voient plus leur victime comme un être humain mais seulement comme un membre du groupe persécuté »* (décision Jorgic, BGH, 30 avril 1999, 3 StR 215/98, *NStZ,* 1999, p. 396). Cette position va clairement dans le sens de la protection d'un bien universel.

1305 Sur le génocide, voir supra §243.

1306 Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948 (*Nations-Unies*, *Recueil des traités*, vol. 78, p. 277) ratifiée par la R.F.A., rappelons-le, le 24 novembre 1954, alors que la R.D.A. n'y a adhéré que le 27 mars 1973.

verhindern sollen, 5. Kinder der Gruppe in eine andere Gruppe gewaltsam überführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. »[1307]

Partant, l'infraction est constituée dès lors qu'il y a commission de l'un au moins des actes limitativement énumérés : meurtre de membres du groupe, atteinte grave à leur intégrité corporelle ou mentale, soumission du groupe à des conditions d'existence susceptibles d'entraîner sa destruction totale ou partielle, adoption de mesures de limitation des naissances ou de tranfert d'enfants du groupe[1308].

302. L'Allemagne a donc adopté une posture que l'on peut considérer comme « minimaliste », par la seule incrimination du génocide, à l'inverse de la France, qui a rédigé des dispositions spécifiques non seulement pour le génocide mais aussi pour le crime contre l'humanité. L'observateur inattentif serait tenté d'émettre une opinion défavorable sur la politique criminelle germanique. Mais, si le corpus normatif français semble plus complet, il est aussi entaché d'importants points de controverse sinon d'incohérences.

B. CONCEPTION EXTENSIVE DU CRIME CONTRE L'HUMANITE EN FRANCE

303. L'élaboration du nouveau Code pénal a conduit le législateur à définir pour la première fois des incriminations spécifiques[1309]. C'est l'objet des articles 211-1 et suivants

---

1307 *« Quiconque, dans l'intention de détruire entièrement ou partiellement un groupe national, racial, religieux ou ethnique, 1. tue des membres de ce groupe, inflige à des membres des blessures physiques ou psychologiques sérieuses, telles que celles spécialement décrites au §224, soumet le groupe à des conditions de vie telles qu'elles peuvent entraîner la mort des membres ou de certains d'entre eux, impose des mesures d'entrave aux naissances à l'intérieur du groupe, procède au transfert forcé d'enfants d'un groupe à un autre, sera puni de l'emprisonnement à vie. »* (Traduction proposée).

1308 Au cours des débats parlementaires, un député avait émis l'hypothèse d'ajout à cette liste l'expulsion d'un territoire, dans des conditions particulières, en référence à l'expulsion, après l'armistice de 1945, des Allemands se trouvant dans différents pays à l'est. Cette proposition n'a pas été retenue. Voir le discours du député démocrate libéral Ilk devant le *Bundestag* en janvier 1954, relaté par Juliette LELIEUR, « Le crime de génocide en Allemagne, op. cit., p. 230.

1309 Selon Michel MASSE, *« d'une simple qualification au second degré – recouvrant des crimes du droit pénal spécial commun pour leur appliquer un régime de répression spécifique imposé par le droit international auquel faisait écho, s'agissant de l'imprescriptibilité, la loi du 26 décembre 1964 – les*

figurant dans l'annexe à la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes[1310]. Pour l'avenir, ces textes prévoient, par énumération, plusieurs actes qui ont une « vie juridique autonome », c'est-à-dire pour lesquels il n'est fait aucune référence à des crimes de droit commun.

304. Sur le fond, le nouveau système s'inspire du droit de Nuremberg et de la Convention sur la prévention et la répression du génocide de 1948, mais sans les citer. Au demeurant, il ne s'agit pas d'une reproduction pure et simple de ces dispositions. Elisabeth Zoller estime que *« les nuances et les précisions, les additions et les exclusions, décidées par le Parlement français illustrent les difficultés qu'on attache généralement à la définition des crimes contre l'humanité et qui sont nées du jour où le concept a été formellement intégré au droit international »*[1311].

Notons à cet égard la présence d'une condition préalable singulière : toutes les infractions nouvellement introduites doivent avoir été commises *« en exécution d'un plan concerté »*. Il convient de prouver cumulativement un élément matériel tenant à l'existence d'un plan concerté (manifesté par la systématicité et la massivité des atteintes) et un dol spécial tenant au fait d'agir en exécution d'un tel plan (intention ségrégationniste voire génocidaire). Si cette notion apparaît dans l'article 6 alinéa 3 du Statut de Nuremberg[1312] pour impliquer dans les poursuites des personnes qui n'auraient pas pris part à l'exécution matérielle des crimes, c'est dans la jurisprudence de la Cour de cassation attachée aux

---

crimes contre l'humanité sont devenus des incriminations à part entière du droit pénal français ». Cf. « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », *R.S.C.,* 1994, p. 376.

1310 *JORF*, 23 juillet 1992, p. 9875.

1311 Elisabeth ZOLLER, « La définition des crimes contre l'humanité », jour*nal du Droit International* n°3, juillet-août-septembre 1993, p. 551.

1312 Article 6 al. 3 : *« Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan. »*

affaires Barbie[1313] et Touvier[1314] qu'il a pris de l'importance, devenant un véritable *« élément essentiel »* à la qualification, confirmé par le législateur en 1992[1315]. Dès lors, les crimes contre l'humanité supposent *« une idéologie, c'est-à-dire un système (...) conditionnant les comportements, (...) ayant pour fondement et objectif une hégémonie (...) traduite dans une politique »*[1316]. Cette condition *sine qua non* de la répression est une spécificité française puisqu'elle n'est envisagée par aucun texte international ni aucune disposition nationale étrangère.

305. Sur la forme, le nouveau Titre I du Livre II fait aussi dans l'inédit. Détaché des crimes contre la personne humaine (Titre II) pour réprimer les atteintes à l'humanité en elle-même – la dignité de la personne, qui fait l'homme, la *« famille humaine »*[1317] –, il oppose en deux chapitres le génocide et les autres crimes dits *« innommés »*[1318] parce dépourvus d'une dénomination pénale singulière (crime contre l'humanité au sens strict ou commis en temps de guerre).

1313 Cass. crim., 3 juin 1988, n°87-84.240, *Bull. crim.,* n° 246, p. 637 ; *J.C.P. éd. G.*, 1988, II, 21149, rapport ANGEVIN ; *Gaz. Pal.*, 3 novembre 1988, n° 307-308, conclusions ROBERT, cité précédemment §212 et note n° 1014.

1314 CA Paris, Ch. acc., 13 avril 1992, extraits in *Gaz. Pal.*, 17-18 juin 1992, p. 8 ; *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 640 ; Cass. crim., 27 novembre 1992, n° 92-82.409, *Bull. crim.,* n° 394, p. 1082 ; extraits in *J.C.P. éd. G.,* 1993, II, 21977, note DOBKINE, voir supra §230.

1315 Sur l'évolution de cette condition, Michel MASSE, « L'affaire Touvier, l'échappée belle », *R.S.C.*, 1993, p. 379. Pour une critique de son opportunité, Elisabeth ZOLLER, « La définition des crimes contre l'humanité », op. cit., pp. 563-567 ; et de son imprécision, Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », *JurisClasseur Pénal Code,* Art 211-1 à 213-5, fascicule 20, août 2010, p. 37.

1316 Pierre TRUCHE, « La notion de crime contre l'humanité – Bilan et propositions », *Esprit* n° 181, mai 1992, p. 71.

1317 Formule du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, reprise par Mireille DELMAS-MARTY : *« Culture contre nature, l'homme humain – l'homme des droits de l'homme – paraît différent de l'homme biologique, celui des biotechniques, médicales et scientifiques. La preuve en est que l'atteinte à la vie ne suffit pas à caractériser le crime contre l'humanité (...) ».* Cf. « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », op. cit., p. 477.

1318 Michel MASSE, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », op. cit., p. 377.

1. Génocide comme crime contre l'humanité

306. L'architecture retenue ne laisse pas de place au doute : dans la conception française, le génocide est un des crimes contre l'humanité, le plus grave. Désormais, *« il n'y a pas un, mais des crimes contre l'humanité, parmi lesquels le crime de génocide (...). Autrement dit, il y aurait la catégorie générique des crimes contre l'humanité, soit le genre, et les diverses espèces qu'elle renferme »*[1319].

Pourtant, la paternité des infractions n'est pas la même : le génocide est clairement affilié à la Convention de 1948 alors que les crimes contre l'humanité procèdent de l'article 6c du Statut de Nuremberg et de la jurisprudence postérieure de la Cour de cassation. L'essence même des crimes envisagés est différente, puisque le génocide se caractérise avant tout par la volonté de destruction partielle ou totale d'un groupe déterminé de manière arbitraire au regard de sa nationalité, son ethnie, sa race, sa religion ou de tout autre critère (article 211-1). A l'opposé, cette intention particulière n'est pas indispensable à la consommation du crime contre l'humanité (article 212-1). La variation de degré dans les conséquences de l'acte commis permet donc de reconnaître le génocide comme le crime contre l'humanité le plus atroce. Il s'agit du plus odieux des crimes, qui doit être « isolé », « sacralisé », pour tenir compte de ses caractéristiques propres[1320]. Bien sûr, *« cette différence est purement textuelle. Elle n'emporte pas de conséquences sur le régime juridique des crimes en cause puisque, dans les deux cas, la qualification est la même (crime contre l'humanité), les effets dans le temps ne varient pas (imprescriptibilité), les peines sont identiques (réclusion criminelle à perpétuité) »*[1321]. Quand bien même le génocide fait l'objet d'un chapitre particulier, la distinction n'a qu'une fonction symbolique, celle de rendre moralement hommage aux millions de martyrs auxquels la justice humaine ne pourra jamais être rendue. De là à faire du génocide, par le biais de

---

1319 Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », *JurisClasseur Pénal Code,* Art 211-1 à 213-5, op. cit., p. 35.

1320 A cet égard, le gouvernement a mis en avant lors des débats parlementaires les controverses nées de l'assimilation par la Cour de cassation des déportés juifs et des déportés résistants dans l'arrêt Barbie de décembre 1985, mal vécue par une partie de la société française. Le législateur en a tenu compte en consacrant un chapitre séparé au génocide. Cf. *JORF*, Déb. Sénat CR., 3 octobre 1991, p. 2544 et suivantes.

1321 Elisabeth ZOLLER, « La définition des crimes contre l'humanité », op. cit., p. 561.

cette « connotation hiérarchique », un modèle autour duquel tout s'articule, il n'y a qu'un pas fort contestable aux yeux de certains[1322].

En tout état de cause, par cet agencement, la France se démarque des autres législations nationales qui appréhendent le génocide comme une incrimination détachée du crime contre l'humanité, et la divergence avec le droit allemand est ici flagrante puisque ce dernier ne connaît pas l'incrimination « crime contre l'humanité ». En outre, ce choix d'inclusion du génocide dans le crime contre l'humanité ne se retrouve dans aucun instrument juridique international : le Statut de Nuremberg ne prévoyait pas le génocide, la Convention de 1948 ne l'envisage pas comme une forme d'un autre crime[1323], tout comme les Statuts des TPIY et TPIR et plus récemment le Statut de Rome.

307. D'un point de vue substantiel, la définition du crime de génocide dans le nouveau Code pénal ne s'éloigne guère de celle consacrée dans l'article 2 de la Convention de 1948. Les moyens de mise en œuvre de la volonté génocidaire sont énumérés dans une liste exhaustive : 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, transferts forcés d'enfants. Les victimes visées doivent avoir entre elles un lien d'appartenance national, ethnique, racial ou religieux. Relevons comme seule différence l'inclusion singulière de la mention *« déterminé à partir de tout autre critère arbitraire »*, non présente dans les dispositions internationales. Cet ajout permet d'étendre l'incrimination aux groupes constitués au regard de l'âge, du sexe, de la santé, etc. On reste néanmoins réservé face à l'idée sous-tendue *a contrario* qu'il y aurait des critères non arbitraires de désignation d'un groupe dont on programme l'anéantissement[1324].

1322 Ibidem, pp. 561-563.

1323 Le préambule de la Convention déclare *« [reconnaître] qu'à toutes les périodes de l'histoire le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité »* et que *« pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux, la coopération internationale est nécessaire »*. Mais aucune assimilation n'est expressément faite entre le génocide et le crime contre l'humanité : *« Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir »* (art. 2).

1324 En ce sens, Michel MASSE, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », op. cit., p. 378.

2. Crime contre l'humanité au sens strict

308. C'est désormais à l'article 212-1 que l'on trouve l'incrimination du crime contre l'humanité en tant que tel, appelé parfois crime contre l'humanité *« stricto sensu »*[1325]. On le sait, il peut être réprimé sans que la disparition du groupe ne soit ni atteinte ni même recherchée. C'est ici le critère fondamental de distinction d'avec le génocide ; les autres points de divergence n'ont en réalité que peu d'impact. Ainsi, les persécutions de l'article 212-1 recoupent largement les faits constitutifs de génocide[1326], à l'exception de la référence aux *« actes inhumains »* qui rend le crime contre l'humanité *in fine* plus large que le génocide. De même, les mobiles envisagés sont très proches bien que l'article 212-1 ajoute expressément le motif philosophique, que le génocide n'exclut d'ailleurs nullement. Quant au groupe persécuté, il doit s'agir d'une population civile, restriction qui ne figure pas dans le texte de l'article 211-1. Mais on comprend mal pourquoi des soldats pourraient être victimes d'un génocide et non de persécutions qualifiables crimes contre l'humanité, alors qu'elles seraient infligées pour des raisons étrangères à leur appartenance militaire.

En réalité, l'explication de l'exigence d'une population civile n'est pas à rechercher dans l'opposition avec le génocide mais plutôt avec le crime contre l'humanité commis en temps de guerre.

3. Crime contre l'humanité commis en temps de guerre

309. Le nouvel article 212-2 incrimine les mêmes faits matériels que ceux de l'article précédent, *« lorsqu'ils sont commis en temps de guerre en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité »*. En conséquence, cette infraction suppose la réunion de deux

---

1325 Par opposition aux crimes contre l'humanité dits *« lato sensu »*, c'est-à-dire à la catégorie générique de crimes contre l'humanité du Livre II, Titre I.

1326 A titre d'illustration, les tortures expressément visées à l'article 212-1 sont englobées dans les atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique de l'article 211-2. Michel MASSE remarque seulement *« le côté un peu plus moderne de la seconde liste qui mentionne « les enlèvements de personnes suivis de leur disparition » pratique qualifiée de crimes contre l'humanité par l'Assemblée générale de l'O.N.U. en 1992 »*. Mais, comme l'auteur le soulève justement, le génocide n'exclut pas formellement de tels faits. Cf. « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », op. cit., p. 378.

conditions préalables : un contexte général de guerre, au cours de laquelle sont perpétrés des crimes contre l'humanité. L'élément déterminant de la distinction entre le crime contre l'humanité de l'article 212-1 et celui de l'article 212-2 tient donc à la qualité des victimes : d'un côté, une population civile, de l'autre, un groupe de combattants armés qu'ils soient résistants ou membres des troupes régulières.

La filiation avec l'affaire Barbie de 1985 est évidente ; le législateur de 1992 a consacré la position jurisprudentielle adoptée quelques années plus tôt[1327]. Et les critiques portées à l'époque à son égard sont transposables. Ne s'agit-il pas de la reconnaissance en tant que crime contre l'humanité d'une forme de crime de guerre aggravé ? N'y a-t-il pas une confusion inappropriée entre deux catégories d'infractions ? Cette remarque vaut d'autant plus que seuls les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles (rappelons que les crimes de guerre n'ont fait leur entrée en droit français qu'en 2010 et nous le verrons, restent soumis à la prescription[1328]), ce qui avait poussé la Chambre criminelle à retenir une *« qualification utilitaire »*[1329]. D'aucuns[1330] estiment à l'inverse qu'il n'est opéré aucun *« élargissement truqué du crime contre l'humanité »*[1331] puisque l'article 212-2 ne crée qu'une simple assimilation à l'infraction de l'article 212-1 des actes visés par ce même article et commis en tant de guerre. On le comprend, la variété des opinions sur le sujet manifeste visiblement le flou qui règne autour de cette incrimination[1332].

Quelle que soit l'interprétation choisie, l'article 212-2 reste une spécificité française qui n'est prévue ni par les autres droits internes ni par le droit pénal international. Même à considérer que le législateur n'a commis aucun « péché de confusion », l'existence de cette disposition laisse planer une part d'ombre que l'on a du mal à dissiper.

1327 Décision analysée précédemment §§222-226.

1328 Cf. infra §355.

1329 Yann JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, L.G.D.J., 2002, p. 176.

1330 En particulier Elisabeth ZOLLER, « La définition des crimes contre l'humanité », op. cit., pp. 567-568.

1331 Expression d'Alain FILKIELKRAUT, *La mémoire vaine du crime contre l'humanité*, Gallimard, 1989, p. 32.

1332 Voir notamment le compte rendu des débats qui se sont tenus devant l'Assemblée nationale le 2 décembre 1991, *JORF*, Déb. AN. CR., 3 décembre 1991, p. 6997 et suivantes.

310. En conclusion, si le droit allemand des années 1990 est insatisfaisant, le droit français doit également être abordé avec circonspection. Le législateur de 1992 n'a pas manqué d'introduire dans la catégorie générique de crime contre l'humanité deux éléments ambivalents : le génocide et la qualification « hybride » de crime contre l'humanité commis en tant de guerre.

On aurait pu penser que les remarques pertinentes formulées à leur encontre seraient prises en considération dans la nouvelle loi d'août 2010. Mais le Parlement n'a pas souhaité entrer dans cette voie, maintenant la France dans ses particularismes. Le contraste avec l'Allemagne n'en est que plus saisissant. Certes, le *Völkerstrafgesetzbuch* a procédé au regroupement du génocide et du crime contre l'humanité dans la même section[1333] *« en raison du lien matériel étroit existant entre les deux »*[1334]. Mais ces infractions restent autonomes l'une par rapport à l'autre ; le génocide n'inclut par le crime contre l'humanité, et inversement. Par ailleurs, le crime de guerre aggravé, tel qu'il existe encore aujourd'hui en droit français, reste inconnu du droit allemand même postérieur à 2002. Une distinction effective de chaque type d'actes punissables a été établie alors que l'ordonnancement français entretient les confusions. La consécration en 1992 de l'*« amalgame d'opportunité »*[1335] introduit par la jurisprudence Barbie révélait visiblement la volonté de ne pas désavouer la Cour de cassation, mais en 2010, le conserver est injustifiable.

Cependant, d'autres points permettent d'alléguer une certaine proximité entre les deux systèmes depuis l'institution de la CPI.

1333 Partie II « Infractions de droit international », section 1 « Génocide et crimes contre l'humanité », par opposition à la section 2 « Crimes de guerre ».

1334 Exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du Code de D.P.I., op. cit., p. 31.

1335 Expression de Catherine GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », *JurisClasseur Pénal Code,* Art 211-1 à 213-5, op. cit., p. 22.

§ 2. CONVERGENCES LIMITEES DEPUIS L'INSTITUTION DE LA CPI[1336]

311. La vague d'adaptation des législations nationales au Statut de Rome s'est indéniablement accompagnée d'un phénomène de rapprochement de ces droits. Ainsi que l'illustre la comparaison des ordonnancements juridiques français et allemand, il a été procédé à une harmonisation des qualifications pénales même si les infractions restent, en substance, tout à fait dissemblables[1337].

A. HARMONISATION DES QUALIFICATIONS

312. De ce point de vue, les similitudes entre droits aujourd'hui en vigueur sont patentes : prenant acte des prescriptions conventionnelles, ils connaissent tous deux désormais les différentes incriminations de génocide et de crime contre l'humanité. L'analyse poussée des textes révèle toutefois la constance de certaines dissimilitudes.

1. Génocide

313. Sous l'appellation générale « génocide », le Statut de Rome réprime avant tout cette infraction en tant que telle. Elle existait déjà dans les deux droits avant l'institution de la Cour permanente. Le Parlement français en 2010 n'a évidemment pas supprimé le texte d'incrimination de l'article 211-1. Outre-Rhin, le génocide a seulement été déplacé pour intégrer l'article 6 du Code de D.P.I.

1336 A titre liminaire, soulignons qu'en France, entre la ratification du Traité de Rome et la loi de 2010, un autre texte a touché le droit des crimes contre l'humanité, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (*JORF*, 7 août 2004, p. 14040). Elle a modifié l'intitulé du Titre I du Livre II, désormais « Des crimes contre l'humanité et l'espèce humaine ». Ses innovations tiennent à la création de « crimes contre l'espèce humaine » (eugénisme et clonage humain) intégrés aux articles 214-1 et suivants dans un nouveau Sous-titre II. Hormis l'introduction d'un nouveau Sous-titre I consacré aux crimes contre l'humanité, cette loi n'a pas eu d'incidence pour ce qui nous intéresse.

1337 Pour des raisons pratiques, cette étude ayant entre autre vocation d'expliquer le droit allemand, peu connu, à partir d'une comparaison avec notre système national, nous adopterons la conception française incluant le génocide dans le champ du crime contre l'humanité, afin d'en aborder les subtilités.

314. Par ailleurs, le Traité CPI prévoit une infraction nouvelle, l'incitation publique à commettre un génocide, punissable en vertu de l'article 6 combiné à l'article 25.3.e. Se conformant à leurs obligations, les deux corpus juridiques envisagent aujourd'hui cette qualification. Cependant, une nuance demeure : le législateur français a choisi de créer une infraction spéciale à l'article 211-2 là où son homologue allemand n'a pas jugé utile de modifier le système préexistant. Le droit commun de l'incitation à commettre un délit (§111 et §130a StGB), considéré comme suffisant, reste applicable[1338].

De cette constatation, deux appréciations contraires peuvent être dégagées. Certains penseront que ce positionnement montre de la part de la France une plus grande diligence que son voisin à transposer le Statut de Rome sur ce point, fait assez rare pour être souligné. A l'inverse, d'autres considèreront que le Parlement français a opté pour l'inclusion d'une disposition dont la portée est plus symbolique que réelle[1339]. En effet, de tels actes pouvaient déjà être poursuivis sur le fondement du droit de la presse grâce à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, qui vise les provocations publiques à commettre une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique et interdit l'apologie des crimes contre l'humanité. L'aggravation des sanctions dans le nouveau texte semble confirmer cette seconde approche. Le législateur souhaite faire passer un message fort : l'incitation publique à commettre un génocide est une infraction plus grave que toute autre forme de provocation ou d'apologie. On retrouve l'idée de hiérarchie entre le génocide et le crime contre l'humanité, que l'on a déjà perçue avec l'analyse de l'architecture du Livre II, Titre I du Code pénal[1340]. Néanmoins, il convient de noter que le choix de créer une nouvelle incrimination permet d'écarter les règles strictes applicables au droit de la presse et donc d'affermir, dans une certaine mesure, la répression[1341].

1338 Exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du Code de D.P.I, op. cit., p. 31.

1339 En ce sens, Rapport n° 326 sur le projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, Patrice GELARD au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, 14 mai 2008, p. 27.

1340 Cf. supra §306.

1341 Comme nous l'avons déjà indiqué à propos de l'application de la loi dite Pleven (§179), le droit de la presse est enserré dans des contraintes procédurales particulièrement fortes, notamment s'agissant des délais de prescription.

2. Crime contre l'humanité

315. La France connaissait depuis 1994 une catégorie à part entière d'actes qualifiés « crimes contre l'humanité » et la loi n° 2010-930 n'est pas revenue sur ce point. En revanche, la présentation des incriminations de crimes contre l'humanité *stricto sensu* a été modifiée puisque l'article 212-1 a été entièrement réécrit pour se rapprocher de la forme de l'article 7 alinéa 1 du Statut de Rome. Dans cette optique, il présente aujourd'hui une liste d'actes matériels susceptibles de constituer la base de l'infraction de crime contre l'humanité.

316. Comme pour le crime de guerre, l'entrée en vigueur du *Völkersrafrechtgesetzbuch* a vu l'introduction des crimes contre l'humanité (article 7), *« permettant la répression des violations graves des droits de l'Homme »*[1342]. Par conséquent, le choix a été fait d'une autonomie du crime contre l'humanité par rapport aux infractions de droit commun. L'article 7 VStGB manifeste la volonté du législateur de respecter le principe constitutionnel de précision, par une énumération très concrète des éléments constitutifs. De plus, la présentation de l'article répond à un souci de lisibilité. L'alinéa 1 vise l'élément objectif principal (*Gesamttat*) tenant à l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile, puis les différents actes matériels alternatifs (*Einzeltaten*) organisés selon un critère décroissant de gravité, ainsi qu'il ressort des peines respectivement fixées : homicide et extermination, esclavage, expulsion, torture, contrainte sexuelle, disparition forcée, atteinte grave à l'intégrité physique ou morale, privation de liberté et persécution. Les alinéas 2 à 5, qui traitent les circonstances atténuantes ou aggravantes, affinent l'échelle des sanctions. Enfin et à l'inverse de la posture française, les nouvelles dispositions allemandes diffèrent dans leur forme de l'article 7 alinéa 1 du Statut de Rome, puisque la classification a été repensée pour mettre en exergue les valeurs protégées sous-tendues par les incriminations.

1342 Exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du Code de D.P.I., op. cit., p. 32.

317. On le voit, il y a bien une harmonisation des qualifications prévues dans les deux ordonnancements. Sur la forme, le législateur français s'est d'ailleurs montré plus respectueux du Statut de Rome que le législateur allemand. Mais une observation opposée peut être formulée lorsqu'on déplace l'analyse sur le terrain substantiel. Il y demeure encore d'importantes divergences que l'uniformisation souhaitée par le droit de la CPI n'a pas faites disparaître.

B. DIVERGENCES PERSISTANTES DANS LES INFRACTIONS

318. Des deux côtés de la frontière, on constate que les législateurs ont pris certaines libertés dans la transposition du contenu matériel des infractions de génocide et de crime contre l'humanité. A cet égard, les critiques que l'on peut formuler sont davantage incisives s'agissant du nouveau système français.

1. Génocide

319. Côté allemand, l'introduction du génocide dans le *Völkestrafgesetzbuch* manifeste la volonté de tenir compte du caractère collectif et de l'élément d'extranéité attachés à cette infraction. Mais au-delà de cette connotation, il n'y a pas de changement substantiel majeur. La nouvelle définition de l'article 6 VStGB s'appuie sur celle du §220a StGB préexistant, qui correspondait déjà à celle de l'article 6 du Statut de Rome en reprenant mot pour mot l'article 2 de la Convention sur la prévention et la répression du génocide de 1948. Néanmoins, deux modifications d'ordre technique doivent être mises en lumière. L'expression *« durch ihr Volkstum bestimmte »* (« groupe déterminé en fonction de son appartenance à un peuple ») a été remplacée par *« ethnische Gruppe »* (« groupe éthnique), comme le prévoient les dispositions conventionnelles. En revanche, à la différence du Statut CPI, la formulation adoptée permet la poursuite d'un acte commis à l'encontre d'une seule personne, dès lors qu'il est animé par l'intention spécifique nécessaire. Ce choix,

confirmant l'interprétation antérieure du §220a[1343], permet une conciliation des droits interne et conventionnel. D'ailleurs, il n'est pas contraire à l'esprit du droit pénal international dès lors qu'il va dans le sens d'une plus grande répression du crime de génocide.

Quant à la conception française, elle peut paraître *a priori* plus exigeante que celle de l'article 6 du Statut de Rome. En effet, l'article 211-1 vise toujours un groupe de victimes *« déterminé à partir de tout autre critère arbitraire »*, référence inconnue du texte conventionnel. Mais on peut douter du caractère opérationnel de cette catégorie, dont la définition vague pourrait poser des difficultés aux juges[1344]. De plus, le choix de maintenir la notion de plan concerté dans la définition du génocide laisse dubitatif.

2. Crime contre l'humanité

320. La même perplexité est de mise lorsqu'on analyse les textes relatifs aux crimes contre l'humanité. Outre le fait qu'il existe toujours une incrimination singulière de crime de guerre aggravé, la référence à l'exécution d'un plan concerté n'a pas non plus disparu des articles 211-1 et 212-1 du Code pénal français, à la faveur de la réforme de 2010. Plusieurs amendements[1345] avaient pourtant proposé d'abroger cette condition préalable pour adopter une conception plus contemporaine et plus proche des instruments juridiques internationaux. Une telle suppression aurait d'ailleurs été souhaitable d'un point de vue probatoire tant il semble que la démonstration de cet élément rende la répression complexe. Balayant cette dernière réflexion, les partisans du maintien du plan concerté ont estimé qu'il peut résulter d'un simple constat de l'ampleur des exactions commises, sans nécessaire production d'un écrit. En outre, il s'agit selon eux du *« signe distinctif des*

1343 Voir notamment l'explication de Burkhard JÄHNKE (sous la dir.), *Strafrechtgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, 11ème éd., De Gruyter Verlag, 2000, article consacré au §220a, n° 10.

1344 En ce sens, Xavier PHILIPPE et Anne DEMAREST, « Remarques critiques relatives au projet de loi « portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale » : la réalité française de la lutte contre l'impunité », op. cit., p. 57, note n° 54.

1345 Avis AN. n° 1828 sur le projet de loi adopté par le Sénat portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, Nicole AMELINE au nom de la Commission des affaires étrangères, 8 juillet 2009, p. 24.

crimes contre l'humanité »[1346]. Sur ce point, le législateur leur a donné raison en combinant l'ancienne définition interne et celle du Statut de Rome :

> « Art. 212-1 : Constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique (…) »

Comme l'indique Etienne Vergès, *« l'option retenue peut surprendre. (...) Soit, les deux notions sont redondantes et l'adjonction est inutile. Soit, elles ne sont pas identiques et la charge de la preuve du dol spécial en sera alourdie »*[1347]. Et c'est une différence essentielle avec le droit allemand des crimes contre l'humanité. De manière strictement fidèle au Statut de Rome, les différents actes énumérés par l'article 7 VStGB ne relèvent de cette catégorie que lorsqu'ils sont commis *« en relation avec une attaque généralisée ou systématique contre une population civile »*. Seul le lien fonctionnel qui existe entre l'acte et l'attaque déclenche la qualification. Le crime contre l'humanité consiste en un fait individuel qui s'inscrit dans le cadre plus large d'un fait collectif, tel qu'il est entendu par l'article 7.2.a du Statut de la CPI :

> « Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

Par conséquent, l'attaque doit être initiée par une institution collective[1348], suppose un degré important de planification et doit provoquer un grand nombre de victimes dans la population civile[1349].

321. Cette spécificité – ô combien controversée parce que restrictive – du système français se trouve quelque peu contrebalancée par la disparition de la référence aux

---

1346 Intervention du Garde des Sceaux devant le Sénat, voir *JORF*, Déb. Sénat CR., 11 juin 2008, p. 2706.

1347 Etienne VERGES, « Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale », op. cit., p. 900.

1348 Qui n'est pas nécessairement un Etat au sens du droit international public.

1349 Exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du Code de D.P.I., op. cit., p. 32.

« motifs politiques, philosophiques, sociaux ou religieux ». Cette condition limitait illégitimement la répression par rapport à la définition internationale. Par comparaison, elle n'existe pas non plus dans le droit allemand postérieur au Statut de Rome.

322. Pour le reste, la liste française des actes susceptibles d'entrer dans le champ du crime contre l'humanité reproduit largement l'article 7 du Statut. Les différences sont relativement mineures et procèdent d'une volonté de clarification du législateur. A titre d'illustration, il a choisi de remplacer le meurtre par l'expression bien connue du Code pénal *« atteinte volontaire à la vie »*.

Le groupe de travail sur le code de D.P.I. allemand a procédé de façon analogue en jugeant parfois opportun d'écarter le langage du Statut pour employer des termes plus concrets ou déjà utilisés dans le droit criminel interne. C'est le cas de l'article 7-1.6 VStGB qui n'envisage pas l'esclavage sexuel mais la « coercition sexuelle » (« *sexuelle Nötigung* »), tournure présente au §177 StGB. Il garantit par là la punissabilité non seulement de l'esclavage sexuel mais encore de *« toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable »* comme le prévoit la convention CPI. On ne peut que remarquer la dimension plus ouverte de cette formule. D'une manière générale, c'est d'ailleurs un point caractéristique du nouveau système répressif allemand des crimes contre l'humanité. Ainsi, là où la convention CPI requiert la déportation d'une population ou de plusieurs personnes, l'article 7-1.4 vise cette même infraction commise à l'égard d'un seul individu.

323. En dernière analyse, le sort fait à l'apartheid prévu à l'article 7.2.h du Statut, mérite quelques explications. Il est régi par l'article 7-5 VStGB relativement similaire au texte conventionnel. Notons tout de même que le crime d'apartheid est envisagé comme une forme qualifiée – et non comme un mode autonome – de crime contre l'humanité, pour répondre au principe de précision du droit pénal. En effet, le Traité de Rome prévoit que l'infraction est consommée dès lors que *« des actes inhumains de type similaire »* à ceux mentionnés à l'alinéa 1[1350] ont été réalisés *« dans le cadre d'un régime institutionnalisé*

1350 Meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation ou transfert forcé de population, emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique, torture, viol, esclavage sexuel,

d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur un groupe racial ». Pour satisfaire aux exigences constitutionnelles, le législateur allemand a préféré imposer que l'un des crimes décrits à l'alinéa 1 ait été réalisé pour que puisse être retenue cette qualification (article 7-5 VStGB, 1ère phrase).

Pour sa part, l'article 212-1 10° du Code pénal français envisage l'apartheid par le biais des *« actes de ségrégation »*. Cette expression a été jugée plus convaincante eu égard au principe de légalité criminelle. Mais ce choix ne manquera pas de surprendre celui qui relève que les termes « apartheid » et « ségrégation » ne sont pas équivalents en droit international, le premier étant plus large que le second[1351].

324. Finalement, les qualifications de génocide et de crime contre l'humanité, consacrées dans chacun des deux ordonnancements, ne recouvrent pas des réalités identiques, même après leur adaptation au Statut de Rome. Des convergences existent mais elles restent lacunaires. De toute évidence, de nouvelles interventions législatives seront encore nécessaires à l'avenir, afin d'aboutir au niveau d'uniformisation suffisant requis pour l'efficacité de la justice pénale internationale face aux crimes de masse.

---

prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée et toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable, persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour, disparitions forcées.

1351 Voir par exemple le préambule et l'article 3 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (déjà évoquée supra §174).

CONCLUSION DU CHAPITRE I

325. En fin de compte, les droits substantiels allemand et français ont « joué le jeu » de la complémentarité imposée par la ratification du Statut CPI, en modifiant leur droit substantiel. A cet égard, la clarification opérée par le *Völkerstragesetzbuch* et la loi du 9 août 2010 était indispensable et doit être saluée, d'autant qu'elle a permis un rapprochement certain des deux systèmes qui désormais connaissent tant l'incrimination de crime de guerre que celle de crime contre l'humanité. Quant au fond des définitions, si certaines différences sont tenaces, on entrevoit les prémisses d'une harmonisation souhaitable qu'on ne peut qu'encourager.

Il n'en demeure pas moins que l'ordonnancement juridique français est en retrait, sinon en retard, par rapport à celui de son voisin. L'Allemagne a opté pour un corpus équilibré, fondé non seulement sur le Traité de Rome qu'il respecte scrupuleusement mais aussi sur la coutume internationale quand elle va au-delà de cette convention. C'est pourquoi, certains vont jusqu'à qualifier ce droit de véritable modèle de référence. Ainsi, Stefano Manacorda estime-t-il que le code allemand de D.P.I., issu d'une longue réflexion technique et revêtu de *l'auctoritas* de l'Etat qui l'a adopté, *« représente un ancrage incontournable pour toute réflexion sur la mise en œuvre effective du Statut de Rome en droit interne »*. En effet, il *« assure la rationalité du cadre juridique interne, en termes d'accessibilité et de cohérence, aussi bien que l'autonomie de la règlementation »*. Il pourrait même influencer *« le renforcement et le développement de la coutume internationale »*[1352] qui trouve ses bases dans la pratique des Etats et l'*opinio juris.*

Cette tendance à un « décrochage » du droit français par rapport au droit germanique se confirme lorsqu'on s'intéresse au régime procédural applicable dans le cadre de ces crimes singuliers.

1352 Stefano MANACORDA, « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », op. cit., pp. 501-502.

CHAPITRE II.

RÉGIME PROCÉDURAL APPLICABLE

> « Les juridictions nationales offrent certainement une plus grande capacité pour juger les auteurs de crimes à caractère massif, une plus grande proximité et parfois, une justice à dimension plus humaine. Mais elles sont aussi accusées de partialité ou de manque d'indépendance (…). »[1353]

326. Comme pour la définition des crimes, une défaillance des Etats signataires quant au droit pénal de forme peut engendrer la compétence de la Cour pénale internationale. La ratification du Traité de Rome et la complémentarité prescrite par ses articles 1 et 17 combinés incitent donc à une certaine uniformisation des droits procéduraux nationaux.

Pourtant, l'influence de la CPI comme déclencheur de convergences franco-allemandes est, en ce domaine, moins flagrante. En Allemagne, les règles applicables étaient déjà bien en place avant 2002 et la réforme n'a fait qu'amplifier ponctuellement le mouvement initié depuis plusieurs dizaines d'années. Une nouvelle fois, le législateur a modifié son droit quand il l'a jugé impératif, pour le rapprocher au plus près des dispositions du Statut. Néanmoins, les interventions du *Völkerstrafgesetzbuch* dans ce domaine paraissent à première vue assez marginales par rapport au remarquable travail opéré quant au droit de fond. Par comparaison, la réticence du Parlement français à mettre en œuvre une structure équivalente à celle prévue par le Traité de Rome est frappante. Les dernières incursions de la loi du 9 août 2010 sont insatisfaisantes. Il en résulte un corpus relativement obscur, sous-tendu par des considérations politiques fortes.

Le faible impact du Statut de Rome en la matière s'explique par deux séries de justifications. *Primo*, il n'impose pas de modèle procédural contraignant pour les signataires. S'il fixe des règles à mettre en œuvre devant la CPI et incite à adopter des mesures similaires au niveau national, aucune obligation expresse en ce sens n'est établie. Il est de la libre appréciation des Etats d'élaborer un système totalement ou partiellement calqué sur celui du Traité. *Secundo*, le droit de forme est très largement influencé par un autre instrument juridique supranational, la Convention EDH, première manifestation tangible des leçons tirées de la Seconde Guerre mondiale. Les grandes réformes

---

1353 Henry-D. BOSLY et Damien VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, Bruylant, Bruxelles, 1ère éd., 2010, p. 18.

procédurales, antérieures comme postérieures à l'institution de la CPI, se sont réalisées sous l'impulsion de la jurisprudence « condamnatoire » de Strasbourg, tant en droit allemand qu'en droit français. A cet égard, et sans tomber dans une caricature simpliste « bon élève et bonnet d'âne », force est d'admettre des évolutions divergentes dans les deux ordonnancements, le législateur allemand se montrant plus diligent à suivre les prescriptions européennes que son homologue français.

327. La procédure *in absentia* est une illustration de cette tendance contraire des deux Etats, qui revêt une certaine importance lorsqu'il s'agit de juger l'auteur d'un crime international par nature, comme en témoignent les nombreux procès d'après guerre[1354].

Classiquement, la doctrine[1355] distingue les systèmes juridiques de *Common Law*, pour lesquels le jugement *in absentia* est en principe impossible[1356], des systèmes d'inspiration romano-germanique qui admettent la procédure par défaut. Le droit allemand fait exception à cette règle et organise un dispositif singulier fondé sur le postulat inverse : il ne peut être tenu d'audience à l'encontre d'un accusé qui ne se présente pas[1357]. Le défaut, qui avait été introduit au XIX^{ème} siècle et largement étendu à l'époque nazie, a disparu dès 1974 sous l'influence des idées de la Défense sociale nouvelle et de l'essor des droits fondamentaux constitutionnellement et conventionnellement garantis[1358]. On estime que

---

1354 Le recours a une telle pratique permettait de juger des personnes soupçonnées d'infractions se trouvant à l'étranger, alors qu'aucune demande d'extradition n'avait été formulée ou que cette requête avait été rejetée. Rappelons-nous du cas emblématique du massacre d'Oradour-sur-Glane (étudiée supra §§45-47). Sur les 65 hommes accusés, seuls 21 se sont présentés devant les juges du Tribunal militaire de Bordeaux en 1953. L'opinion publique n'a pas compris pourquoi les responsables, en vie, n'étaient pas présents. Quant au verdict rendu, même s'il a condamné tous les *contumax* à mort, il n'était pas acceptable puisque non exécutoire immédiatement. D'ailleurs, aucune des 44 sanctions prononcées n'a été purgée.

1355 Notamment Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2ème édition, 2002, p. 592.

1356 A titre d'illustration, aux Etats-Unis, il s'agit d'un droit constitutionnel fondé sur le sixième amendement comme a pu le décider la Cour Suprême dès 1985 dans l'affaire United States v. Gagnon (n° 470 U.S. 522 (1985)). Néanmoins, le droit d'être présent lors du procès n'est pas absolu et l'accusé peut y renoncer. Cf. Hermann SCHWARTZ, « Trials in absentia », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.wcl.american.edu/hrbrief/v4i1/schwar41.htm (consulté le 19 juin 2013).

1357 §230 al. 1 et §285 al. 1 première phrase StPO.

1358 Voir la chronologie retracée par Jacqueline BERNAT DE CELIS à partir d'un manuscrit non publié de Gerhard GREBING, « Le jugement par défaut : un problème de politique criminelle », *Archives de politique criminelle* n° 4, 1980, p. 94 ; Josef M. HAUSSLING, « Le jugement par défaut en République

l'absence de l'accusé joue comme une preuve à charge parce qu'il n'a pas l'entière connaissance du dossier et ne peut être entendu devant les tribunaux. Il en va donc du contradictoire même s'il existe des aménagements qui permettent exceptionnellement de juger une personne absente, « hors d'atteinte » (§276 StPO)[1359] ou refusant de se présenter (§230 al. 1 StPO)[1360].

En France, le système de la contumace (anciens articles 627-21 et suivants C.P.P.) a été supprimé beaucoup plus tardivement, en 2004[1361], et remplacé par le défaut criminel (articles 379-2 à 389-6 C.P.P.). Il s'agissait pour le législateur de prendre en compte les critiques soulevées par les juges de Strasbourg dès l'affaire Poitrimol c. France[1362] et fermement rappelées dans l'arrêt Krombach[1363]. Les nouvelles dispositions tendent à annihiler le caractère stigmatisant de l'ancienne procédure[1364]. L'idée n'est plus de

---

Fédérale d'Allemagne », conférence-débat du Comité d'action pour le respect des droits de la défense devant le *Bundestag*, le 19 février 1979, *Archives de politique criminelle* n° 4, 1980, pp. 150-152.

1359 L'inculpé est considéré hors d'atteinte si son lieu de séjour est inconnu, si la demande d'extradition vers l'Allemagne est sans commune mesure avec l'importance de l'affaire ou s'il est matériellement impossible de faire venir l'inculpé. Dans ces hypothèses, est exclu fermement tout jugement *in absentia* mais une audience peut avoir lieu pour préserver les preuves « en vue d'une comparution future » (seconde phrase). Notons que le juge doit prononcer dans l'immédiat une relaxe.

1360 Aucun débat ne peut en principe être tenu à l'encontre de l'absent mais le recours à des moyens légaux de contrainte est admis lorsque les excuses fournies par l'accusé ne sont pas suffisantes (§230 al. 2). Par ailleurs, en cas d'éloignement volontaire de l'audience sans autorisation du juge, s'il se présente dans un état prémédité ne lui permettant plus de participer activement aux débats, ou s'il trouble consciemment et gravement le procès par un comportement contraire à l'ordre, l'accusé perd son droit à ce que la procédure continue uniquement en sa présence, à condition qu'il ait été préalablement entendu au moins une fois sur sa personne et sur sa cause (§231). Enfin, d'autres dérogations sont prévues aux §§232 et 233 pour des infractions mineures et sous conditions.

1361 Art. 156 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi « Perben II », *JORF*, 10 mars 2004, p. 4567.

1362 CEDH, 23 novembre 1993, Poitrimol c. France, *Droit pénal*, avril 1994, p. 16, obs. MARON ; *R.S.C.,* 1994, p. 362, obs. KOERING-JOULIN.

1363 CEDH, 13 février 2001, Krombach c. France, *Dalloz,* 2001, p. 3302, note MARGUENAUD ; *J.C.P. éd. G.*, 2001, I, 342, obs. SUDRE ; *R.S.C.*, 2001, p. 429, obs. MASSIAS. Voir également Catherine GINESTET, « Procédure de contumace et procès équitable », *Droit pénal*, novembre 2001, p. 4. Comme l'explique Cristina MAURO, la réforme devenait indispensable alors que la Cour de cassation s'était conformée à la jurisprudence européenne quant au défaut correctionnel. De surcroît, l'ordonnance de contumace était considérée comme archaïque parce qu'elle faisait peser sur la personne soupçonnée une forte présomption de culpabilité. Cf. « Le défaut criminel – Réflexions à propos du droit français et du droit comparé », *R.S.C.*, 2006, p. 37.

1364 C'est pour cette raison que le changement sémantique opéré par la loi de 2004 apparaît opportun. Il permet aussi de rapprocher la procédure applicable en matière criminelle de celle d'ores et déjà prévue en cas de délit : *« Si historiquement la gravité de l'infraction commise avait pu justifier une sévérité accrue vis-à-vis de celui qui prend la fuite, désormais, quelle que soit la gravité de l'infraction en*

sanctionner l'accusé qui ne se présente pas mais d'aménager la procédure en raison des difficultés que son absence peut engendrer[1365]. L'innovation majeure tient à la possibilité pour l'avocat de la défense d'intervenir oralement et contradictoirement au cours du procès (article 379-3 alinéa 2 C.P.P.). Pourtant, toutes les remarques de la Cour européenne n'ont pas été entendues. Nulle obligation n'est faite à la Cour d'Assises de désigner un avocat commis d'office[1366]. De même, on doute de la faculté de se pourvoir en cassation[1367]. Si l'impossibilité d'un tel recours était confirmée, elle ne pourrait qu'alerter les « droits de l'hommistes »[1368]. Par conséquent, malgré des avancées certaines depuis 2004, le législateur français reste réticent à intégrer *expressis verbis* les commandements de la Cour EDH.

328. Aussi importante soit-elle, la jurisprudence européenne n'a pas permis une totale harmonisation des droits nationaux en matière de procédure *in absentia*. Elle n'a pas non plus réglé les autres questions procédurales soulevées par la répression des crimes étudiés. Deux problématiques demeurent qui trouvent des réponses tantôt concordantes, tantôt discordantes, dans les corpus juridiques français et allemand. La première a trait à l'idée d'universalité du droit de punir (section I), la seconde, à l'existence – ou l'inexistence – d'un droit à l'oubli pour les criminels de guerre ou contre l'humanité (section II).

---

cause, la procédure doit être une procédure neutre, sans sévérité particulière et sans préjugé, respectueuse des garanties fondamentales du procès ». Ibidem, p. 38.

1365 Cela justifie l'abandon de certaines mesures : déclaration de l'état de rebelle à la loi, suspension de l'exercice des droits de citoyen, publication de l'ordonnance de contumace dans un journal local, etc.

1366 L'arrêt CEDH du 13 février 2001 précité, dans son considérant 89, reconnaissait pourtant à tout accusé *« le droit à être effectivement défendu par un avocat, au besoin même d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable ».*

1367 Notons que, comme pour la contumace, aucun appel n'est ouvert. Seule la purge du défaut est possible si le condamné se constitue prisonnier ou est arrêté avant que la peine ne soit éteinte par la prescription (article 379-4 C.P.P.). Or, dans l'arrêt Krombach, la Cour EDH retenait que l'accusé doit pouvoir *« soulever in limine litis une exception de procédure (...) [et] faire contrôler, au moins par la Cour de cassation, la légalité du refus de la Cour d'assises de laisser plaider les avocats de la défense »* (considérant 100). Pour les juges européens, la purge de la contumace n'est pas une voie de recours effective, d'autant que le réexamen de l'affaire est conditionné par l'exigence de se constituer prisonnier ou d'être arrêté, ce qui *« [subordonne] l'exercice du droit à un procès équitable à une sorte de caution, la liberté physique de l'intéressé »* (considérant 87).

1368 Cela serait d'autant plus alarmant que l'article 379-2 est imprécis sur ce qu'est une excuse non-valable justifiant la procédure par défaut et que la purge permet de contester l'affaire uniquement sur le fond.

SECTION I.

COMPETENCE UNIVERSELLE

« Nous rêvons d'une justice universelle… »[1369]

329. La compétence universelle s'intègre dans un ensemble plus large de règles relatives à la compétence des tribunaux. D'une manière générale, les critères ne sont guère différents en France et en Allemagne. Ainsi distingue-t-on les infractions commises sur le territoire de la République française ou de la République fédérale d'Allemagne (territorialité de l'article 113-2 Code pénal et du §3 StGB, à laquelle s'apparente le principe du pavillon[1370]) et les infractions commises hors de ces territoires. Dans cette hypothèse, il existe plusieurs chefs de compétence en fonction des circonstances de commission de l'infraction : la personnalité active (article 113-6 Code pénal et §7 alinéa 2 StGB) ou passive (article 113-7 Code pénal et §7 alinéa 1 2° StGB)[1371], le principe de protection appelé aussi « compétence réelle » (article 113-10 Code pénal et §5 StGB), la compétence dite « de substitution » ou « de représentation », et l'universalité du droit de punir.

Ces deux dernières compétences peuvent trouver à s'appliquer dans le contexte qui nous occupe. En France, la compétence de représentation est régie à l'article 113-8-1 alinéa 1 du Code pénal, depuis la loi « Perben II » du 9 mars 2004[1372]. Il est désormais possible de juger au regard de la loi française tout crime ou délit puni d'au moins cinq ans

---

1369 Claude LOMBOIS, « De la compassion territoriale », *R.S.C.*, 1995, p. 399.

1370 Articles 113-3 (navires) et 113-4 (aéronefs) du Code pénal français, et §4 StGB.

1371 Les conditions d'application sont légèrement différentes. La personnalité passive française suppose un crime ou un délit puni d'emprisonnement là où la législation allemande requiert que l'acte soit pénalement punissable dans le droit du lieu de commission ou que l'infraction ait été commise en un lieu échappant à toute législation. En revanche, la double incrimination est un élément commun aux deux dispositions sur la compétence personnelle active.

1372 Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, précitée.

d'emprisonnement, commis hors du territoire par un étranger dont l'extradition a été refusée à l'Etat requérant par les autorités françaises, soit parce que le fait est puni à l'étranger d'une sanction contraire à l'ordre public français, soit parce que la personne réclamée a déjà été jugée à l'étranger selon une procédure inéquitable, soit enfin parce que l'acte en cause revêt un caractère politique[1373]. Quant à la *« stellvertretende Strafrechtspflege »*[1374], elle fait l'objet du §7 alinéa 2, 2° StGB : l'acte commis à l'étranger par un auteur étranger trouvé en Allemagne peut être porté devant un tribunal national, si cet individu ne peut être extradé, si l'extradition n'a pas été demandée par l'Etat étranger ou si ce dernier y a renoncé, pour autant qu'une condition de double incrimination soit remplie. Elle a notamment été employée dans les cadres des poursuites menées en Allemagne contre des auteurs présumés d'actes commis en Ex-Yougoslavie, comme dans l'affaire Jorgic[1375]. Mais dans cette affaire, le juge allemand a reconnu son aptitude à juger sur un double fondement : substitution et universalité. Il existe donc un risque de concurrence entre ces deux chefs de compétence, en cas d'infractions internationales par nature.

330. On entend par universalité *« la compétence reconnue à un Etat pour réprimer des infractions commises en dehors de son territoire alors que ni le criminel ni la victime ne sont de ses ressortissants »*[1376]. En ce qu'elle révèle la volonté des Etats de lutter ensemble

---

1373 Voir sur le sujet Delphine BRACH-THIEL, « De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1, C.P. », *R.S.C.*, 2009, p. 523 et suivantes.

1374 La doctrine préfère traduire cette expression par « compétence de substitution ». En effet, le terme « représentation » ne serait pas correct puisque la compétence ne procède pas d'une représentation de l'Etat étranger mais plutôt du seul intérêt direct de l'Etat qui poursuit. Il n'y a de vraie représentation que lorsque l'Allemagne agit sur demande de l'Etat étranger. Cette vision est notamment défendue par Claudia PAPPAS dans sa thèse *Stellvertretende Strafrechtspflege*, soutenue en 1996 à l'Université de Freiburg-im-Breisgau, et publiée aux éditions Iuscrim Verlag, 1996, (voir p. 102 et suivantes). Dans le même sens, Robert ROTH et Yvan JEANNERET, « Droit allemand », in Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 1ère éd., P.U.F., 2002, p. 18.

1375 Le Tribunal fédéral a retenu la compétence de l'Allemagne sur le fondement du §7 alinéa 2 2° aux termes d'une communication du ministère de la Justice qui indiquait l'exclusion de toute extradition vers la Yougoslavie même si elle en faisait la demande. Voir l'arrêt BGH, 30 avril 1999, *NStZ*, 1999, p. 396, précité supra note n° 1294.

1376 *Vocabulaire juridique Cornu*, « Compétence universelle ».

contre toute forme de délinquance internationale, elle nécessite de leur part une certaine proximité juridique[1377]. Partant, elle ne peut concerner que des infractions graves lésant la communauté internationale dans son ensemble. Cependant, si le bien-fondé d'une telle compétence n'est pas douteux, la consécration de l'applicabilité de l'universalité de punir aux crimes de guerre et contre l'humanité s'est faite tardivement en France comme en Allemagne et les conditions de son exercice demeurent divergentes.

§ 1. APPLICABILITE TARDIVE DU PRINCIPE D'UNIVERSALITE AUX CRIMES DE GUERRE ET CONTRE L'HUMANITE

331. Depuis la ratification de la convention sur la répression génocide en 1955[1378], le §6 alinéa 1 StGB prévoit la compétence des juridictions répressives allemandes pour tout génocide, quel que soit le lieu de sa commission[1379]. La jurisprudence a de plus admis une *« Annexkompetenz »* (compétence complémentaire) pour les infractions ordinaires formant une unité de faits indissociables avec celles qui bénéficient de l'universalité. C'est notamment le cas du meurtre aggravé du §211 StGB et de l'homicide volontaire du §212 StGB lorsqu'ils sont commis en relation avec un génocide[1380].

En dehors du génocide[1381], les tribunaux ont aussi compétence pour *« tous les actes commis à l'étranger qui doivent être poursuivis en vertu d'obligations internationales de la République fédérale d'Allemagne »* (alinéa 9)[1382]. Autrement dit, ils peuvent se saisir de

---

1377 Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel - Problèmes généraux de la science criminelle, Droit Pénal Général*, Cujas, 7ème éd., 1997, pp. 393-394.

1378 Voir supra note n° 886.

1379 Voir sur le sujet William A. SCHABAS, *Genocide in International Law – The Crimes of Crimes*, 1ère éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 345-368.

1380 Appliquant littéralement cette approche, la Cour fédérale allemande a estimé que n'étaient pas susceptibles de compétence universelle sur le fondement du §6 al.1 l'aide ou l'incitation à commettre un assaut ou un emprisonnement illégal, dès lors que ces faits ne portaient pas en l'espèce atteinte à des intérêts collectifs comme c'est le cas du génocide. Dans cette hypothèse, il n'y a pas unité de faits indissociables justifiant l'universalité (BGH, 21 février 2001, 3, StR 244/00, affaire Kuslkic).

1381 Et de quelques autres infractions spécifiques visées aux alinéas 2 à 8 : piraterie maritime et aérienne, infractions graves par l'utilisation de l'arme nucléaire, d'explosifs ou de radiations, trafic d'êtres humains, trafic de stupéfiants, pornographie, etc.

1382 Pour une critique de cette disposition dont la formulation, considérée comme trop imprécise et extensive, serait contraire au principe de sécurité juridique, Hsiao-Wen WANG, *Der universale*

tout fait délictueux que l'Etat a l'obligation de juger en vertu d'un accord international instituant le principe de l'universalité de la poursuite. Or, jusqu'à la fin des années 1990, ne font l'objet d'un tel accord que les crimes de guerre commis au cours d'un conflit armé international, entendus au sens de violations graves des Conventions de Genève[1383]. Par conséquent, dans un premier temps, la poursuite universelle n'est pas ouverte en cas de crime contre l'humanité[1384].

332. En droit français, ce titre de compétence est aussi connu dès les années 1990. Depuis la loi du 16 décembre 1992[1385], l'article 689-1 C.P.P. le prévoit dès lors que deux conditions cumulatives sont satisfaites : la compétence doit être imposée par une convention ou un acte international, lequel doit être visé ou transposé par un texte interne. Dans cette démarche, les articles 689-2 et suivants reprennent différents accords[1386] parmi lesquels ne figure néanmoins aucune convention internationale relative au crime de guerre ou au crime contre l'humanité. S'ajoutent deux lois non codifiées du 2 janvier 1995 et du 22 mai 1996 portant adaptation du droit français aux résolutions du Conseil de Sécurité de l'O.N.U. créant les TPI *ad hoc*. Là où le bât blesse, c'est qu'aucun de ces textes n'ouvrent

---

Starfanspruch des nationalen Staates - Eine Untersuchung Ueber Das Weltrechtsprinzip Im Internationalen Strafrecht, Bern, Peter Lang, 2005, pp. 145-146.

1383 C'est sur ce fondement que la compétence des juridictions allemandes a pu être retenue dans l'affaire Kuslkic précitée.

1384 Gerhard WERLE, « Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht », *Juristenzeitung*, 2000, p. 759 ; Michel MASSE, « Actualité de la compétence universelle », Chronique de droit pénal international, *R.S.C.*, 2008, p. 442.

1385 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, *JORF*, 23 décembre 1992, p. 17568.

1386 A titre d'illustration, relevons par exemple la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture mentionnée à l'article 689-2, ou encore depuis 2007, le protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 27 septembre 1996 combiné à la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne du 26 mai 1997, mentionnés à l'article 689-8 (loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, 14 novembre 2007, p. 18648).

la voie de l'universalité pour les crimes contre l'humanité[1387] non plus que pour les crimes de guerre, hormis ceux commis au cours des conflits yougoslave et rwandais.

333. Il faudra attendre 2002 en Allemagne et 2010 en France, pour que soit introduit, par le biais des lois d'adaptation des législations internes au Traité de Rome, un principe général de poursuite universelle pour les crimes relevant de la compétence de la CPI (nouveaux articles 1 VStGB et 689-11 C.P.P.). Mais toutes les difficultés n'en sont pas pour autant réglées.

§ 2. DIVERGENCES PERSISTANTES SUR LES CONDITIONS D'APPLICATION

334. S'agissant des conditions d'application de la compétence universelle en matière de crimes internationaux par nature, trois questions se posent : l'Etat qui souhaite faire jouer sa compétence doit-il être intéressé directement par l'acte délictueux ? Qui peut déclencher l'ouverture des poursuites dans ce cadre ? Le fait en question doit-il être réprimé par le système normatif de l'Etat de sa commission ? Tentons une réponse pour chacune.

A. LIEN DE RATTACHEMENT A L'ETAT[1388]

335. Avant l'entrée en vigueur du *Völkerstrafgesetzbuch*, et bien que le §6 StGB soit muet à ce propos, la jurisprudence allemande avait établi la nécessité d'un point de rattachement spécifique (*legitimerende Anknüpfungspunkte*) entre le crime commis à l'étranger et l'Allemagne pour retenir la compétence universelle, aussi bien pour le génocide que pour les cas englobés par le §6 alinéa 9[1389]. Ce lien existe lorsque l'auteur

---

1387 Même s'il serait envisageable de poursuivre certains faits de crime contre l'humanité par le biais de la compétence universelle reconnue en matière de torture.

1388 Pour des éléments sur cette question, Anne LAGERWALL, « Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes ? », *Annuaire français de droit international*, 2009, vol. 55, pp. 752-755

1389 Voir les commentaires doctrinaux sur le sujet, notamment à partir de la décision BGH, 13 février 1994, 1, BGs 100/94, *NStZ*, 1994, p. 233.

réside librement en Allemagne depuis plusieurs mois, y entretient son centre de vie ou y a été intercepté. En revanche, le fait que la victime ait choisi l'Allemagne comme lieu de domicile après les faits n'est pas un critère suffisant[1390]. Cette exigence prétorienne trouve son fondement dans le principe classique de non-ingérence découlant de la souveraineté étatique. Sans ce lien, l'Allemagne n'est pas légitime à poursuivre l'infraction commise sur le territoire d'un autre Etat.

Cependant, la doctrine y voit une restriction injustifiée face à des infractions d'une gravité extrême au regard du droit humanitaire : *« it is by now established in international law that grave violations of human rights, such as kidnapping, murder, etc., are no longer exclusively the internal affairs of individual States (...). Hence, it would not meet the objective of the international regime on the protection of human rights if international law impeded the penalization of this type of violation because of the notion of equality of sovereign States »*[1391]. En présence de crimes atroces, il ne serait plus question ni de souveraineté, ni de domaine réservé des Etats. L'ingérence constituée par la poursuite serait couverte par l'obligation de juger découlant de l'atteinte portée aux valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble. Prenant acte de ces remarques, la Cour constitutionnelle[1392] et, à sa suite, le Tribunal fédéral[1393] ont esquissé un changement de cap dès le début des années 2000, ouvrant la voie à une possible suppression du lien particulier lorsqu'il existe une obligation de poursuivre tirée du droit international. Ce sont ici les prémisses du débat qui s'est tenu devant le comité chargé de la réflexion sur le Code de D.P.I. et qui a abouti à l'abandon pur et simple de ce critère pour les crimes relevant d'un engagement international de l'Allemagne. Désormais, l'article 1 VStGB dispose expressément :

1390 OLG Stuttgart, 18 septembre 1998, 2, Ss 400/98, *NStZ*, 1999, p. 246.

1391 *« Il est à ce jour établi en droit international que les violations graves de droits de l'homme, comme l'enlèvement, le meurtre, etc., ne sont plus exclusivement les affaires internes d'États pris individuellement (...). Partant, l'objectif du régime international sur la protection de droits de l'homme ne serait pas atteint si le droit international empêchait la pénalisation de ce type de violation à cause de la notion d'égalité des États souverains. »* (Traduction proposée) Cf. Rüdiger WOLFRUM, « The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts », *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 24, 1994, p. 197.

1392 BVerfG, 12 décembre 2000, *NStZ*, 2001, p. 243.

1393 BGH, 21 février 2001, affaire Kuslkic précitée.

« La présente loi est applicable à toutes les infractions au droit international qu'elle désigne et pour celles d'entre elles qui sont des crimes[1394], elle s'applique même si les faits ont été commis à l'étranger et qu'ils ne présentent pas de lien avec le territoire national ».

Pour le champ des crimes du droit pénal international, la compétence des tribunaux est donc inconditionnellement universelle[1395], démontrant toute la rigueur du système allemand à l'encontre de ces actes.

336. Cette orientation « libérale » tranche de façon évidente avec la posture adoptée de l'autre côté du Rhin. La juridiction universelle introduite pour les crimes de guerre et contre l'humanité par la loi du 9 août 2010 est en effet *« très édulcorée »*[1396]. Les nombreuses limites posées en font une compétence *a minima*. La raison essentielle tient à l'absence d'obligation expresse dans le Statut de Rome de mettre en place l'universalité. Les Etats parties demeurent libres de conditionner l'exercice par le juge de sa compétence à l'égard des crimes du Traité. Dans cette optique, l'article 689-11 C.P.P. inclut une condition de résidence habituelle sur le territoire de la République, préalable nécessaire la compétence des juridictions françaises. La résidence habituelle est interprétée comme le fait pour une personne étrangère d'avoir en France un domicile fixe et des attaches personnelles, professionnelles ou même bancaires, de sorte qu'elle y vive de façon stable et permanente[1397].

Nulle surprise dans les remarques acerbes formulées par la doctrine. D'une part, la condition de résidence habituelle opère une distinction pour le moins déconcertante entre les crimes visés par le Statut de Rome et les autres infractions susceptibles de déclencher la

---

1394 Si le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité sont concernés par la compétence universelle, les articles 13 et 14 qui visent d'autres infractions non qualifiables comme tels au regard du §12 StGB, parce qu'elles ne font pas encourir un an d'emprisonnement à leur auteur, ne le sont pas.

1395 Certains parlent de compétence universelle *in absentia*. Voir Anne LAGERWALL, « Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes ? », op. cit., p. 755.

1396 Expression empruntée à Michel DANTI-JUAN et Michel MASSE, « L'évolution du droit français des crimes de guerre », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly, Loyauté, justice et vérité*, La Charte, 2009, p. 120.

1397 Ghislain POISSONNIER, « Mise en œuvre par la France du Statut de la Cour pénale internationale : la compétence extraterritoriale menacée », *Gaz. Pal.,* 2010, p. 2095.

compétence universelle (articles 689-2 et suivants), pour lesquelles la simple présence en France de la personne soupçonnée suffit[1398]. Il en est de même pour les crimes relevant des deux TPI *ad hoc*[1399]. D'ailleurs, l'article 689-11 apparaît bien en-deçà des exigences du droit international humanitaire, au regard notamment des Conventions de Genève qui imposent que chaque Etat effectue des recherches pour arrêter les criminels auteurs de violations graves, *a fortiori* s'ils se trouvent sur son territoire[1400]. D'autre part, cette exigence rend en pratique ineffective l'universalité de juridiction pour les crimes relevant de la compétence de la CPI. Il serait inespéré qu'informée des dispositions applicables, une personne soupçonnée d'avoir commis des crimes internationaux décide délibérément de s'installer dans le pays. Partant, le scepticisme s'impose face à l'option retenue par le Parlement conduisant à créer *de facto* une « bulle d'impunité » autour du criminel qui ne ferait que transiter ou séjourner en France. Aurait-on perdu de vue l'idée centrale qui fonde la compétence universelle : ne fournir aucun refuge pour des individus coupables de crimes graves ?

337. Les parlementaires disciples de la résidence habituelle ont mis en avant l'idée d'un certain pragmatisme, pour éviter les recours intempestifs à connotation politique qui entacheraient les relations diplomatiques de la France. De même, ils ont fait valoir qu'appréhender un individu de passage, sans avoir de preuve tangible de sa culpabilité ni pouvoir en recueillir facilement, risque de se solder par un non-lieu[1401]. Cet argumentaire

---

1398 *« Il est bon de bien le garder à l'esprit, chaque fois qu'une convention internationale de cette nature a appelé la communauté internationale à se mobiliser contre ce type de crimes, la position du législateur français a été la suivante : si l'auteur présumé se trouve sur le territoire français, alors il y a compétence de la justice française. »* Propos de Robert BADINTER, compte rendu intégral de la séance du Sénat du 10 juin 2008, *JORF*, 11 juin 2008, p. 2742.

1399 Voir articles 2 des lois du 2 janvier 1995 et du 22 mai 1996 précitées. Voir également la circulaire du ministre de la Justice relative à la loi du 2 janvier 1995, 10 février 1995, *JORF*, 21 février 1995, p. 2757 : *« La reconnaissance de cette compétence (...) marque la volonté de la France de collaborer aussi efficacement que possible à la répression de ces crimes. Elle permet ainsi l'application de la loi française à l'encontre de tout criminel de guerre qui tenterait de se réfugier sur notre territoire ».*

1400 Articles 49, 50, 129 et 146 respectivement des Conventions I, II, III et IV.

1401 Rapport n° 2517 sur le projet de loi n° 951 adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, Thierry MARIANI au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 19 mai 2010, pp. 83-85.

ne nous semble pourtant pas convaincant puisqu'ici sont amalgamées preuve pour engager des poursuites et compétence de la juridiction. De surcroît, on comprend mal pourquoi un tel raisonnement n'a pas été déployé à l'encontre de la condition de présence sur le territoire retenue notamment dans les cas graves de terrorisme ou de torture. Loin d'avaliser de telles incohérences, Robert Badinter a défendu, en vain, l'abandon de ce critère lors des débats devant le Sénat : *« Conserver la condition de résidence habituelle signifie (...) que (...) nous considérons que le simple fait, pour l'auteur de tortures, de se trouver sur le territoire français justifie la compétence de la juridiction française, sous réserve de celle de la Cour pénale internationale, mais que son « patron », en quelque sorte, son supérieur hiérarchique, celui qui a déclenché la vague de tortures et d'assassinats, devrait, lui, pour être inquiété, s'être établi de façon habituelle sur le territoire français ! Disons-le brutalement, cela reviendrait à traiter mieux le criminel contre l'humanité que l'auteur des tortures ! »*[1402]. C'est pourquoi, à l'instar de Xavier Philippe et Anne Desmarest, on ne peut que déplorer l'inclusion de cette condition, *« façon biaisée de vider le principe de compétence universelle de sa substance »*[1403], à laquelle s'ajoute le monopole des poursuites consenti au ministère public, susceptible de restreindre encore un peu plus le champ de la répression.

B. MONOPOLE DES POURSUITES POUR LE MINISTERE PUBLIC

338. Deuxième condition de la compétence universelle pour les infractions du Statut de la CPI en France, l'article 689-11 alinéa 2 C.P.P. impose un monopole du parquet dans le déclenchement des poursuites :

> « La poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. (…) »

1402 Robert BADINTER, compte rendu de la séance du Sénat du 10 juin 2008, op. cit., p. 2743.

1403 Xavier PHILIPPE et Anne DEMAREST, « Remarques critiques relatives au projet de loi « portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale » : la réalité française de la lutte contre l'impunité », *R.F.D.C.* n° 81, janvier 2010, p. 49.

La singularité de la disposition est remarquable puisque le droit français accorde globalement une grande place à l'initiative privée[1404]. En se constituant partie civile alors que l'action publique n'a pas été engagée, la victime oblige le ministère public à poursuivre[1405]. L'action civile portée directement devant la juridiction répressive est par principe concurrente de l'action publique, comme en témoigne l'article 1er alinéa 2 C.P.P.[1406]. Rappelons que les grands procès Barbie, Touvier et Papon ont été initiés de cette manière, par les victimes et associations de victimes[1407].

Le choix d'un monopole du ministère public, s'il est justifié par l'idée de consacrer un principe général pour la poursuite des infractions extraterritoriales[1408], apparaît donc surprenant et a été vivement critiqué lors de la discussion parlementaire sur le projet de loi. Nicole Ameline, rapporteur de la Commission des Affaires étrangères, l'a estimé *« contraire à la tradition pénale française, et [constitutif d'] une atteinte aux droits des victimes et [d'] une violation du principe d'égalité des citoyens devant la loi »*[1409]. La distinction opérée entre les victimes de crimes relevant de la compétence de la CPI, d'une part, et de toute autre infraction susceptible de compétence universelle (notamment la

---

1404 Sauf pour les cas de compétence prévus aux articles 113-8 et 113-8-1 qui excluent l'action civile.

1405 Des critiques de ce mécanisme se sont faites entendre. En ce sens, le rapport de Jean-Claude MAGENDIE « Célérité et qualité de la justice – la gestion du temps dans le procès », déposé sur le bureau du Garde des Sceaux le 15 juin 2004, pointe la nécessité de contenir les plaintes avec constitution de partie civile pour éviter les actions dilatoires et l'instrumentalisation du droit pénal. Rapport disponible **[en ligne]**, sur le site http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml (consulté le 13 juin 2013), ici p. 137 et suivantes. Il a été répondu à cette problématique par l'introduction, avec la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (article 21 modifiant l'article 85 C.P.P., *JORF*, 6 mars 2007, p. 4206), d'une formalité préalable qui consiste dans le dépôt d'une plainte auprès du Procureur de la République ou d'un service de police judiciaire. Ce n'est qu'en cas de refus de poursuivre ou de silence prolongé pendant trois mois, que la plainte avec constitution de partie civile est recevable. Notons cependant que cette nouvelle condition ne s'applique ni aux délits de presse ou électoraux, ni aux crimes.

1406 Article 1 al. 2 C.P.P. : *« L'action publique peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées au présent code. »*

1407 Sur les procès Barbie, Touvier et Papon, supra §§233-239.

1408 *« Le parquet a le monopole des poursuites. Là encore, cette disposition n'est pas spécifique : c'est la règle de droit commun pour poursuivre nos propres ressortissants. Je rappelle que la France a fait le même choix, encore très récemment, à l'automne 2007, pour transposer la Convention de Mérida dans la loi relative à la lutte contre la corruption. »* Propos de Rachida DATI, Garde des Sceaux, compte rendu intégral de la séance du Sénat du 10 juin 2008, op. cit., p. 2746.

1409 Avis AN. n° 1828 sur le projet de loi adopté par le Sénat portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, Nicole AMELINE au nom de la Commission des affaires étrangères, 8 juillet 2009, p. 56 et p. 60.

torture article 689-2 C.P.P. et le génocide rwandais du fait de la loi de 1996), d'autre part, n'est pas pertinente. Elle n'est justifiée par aucune raison d'intérêt général valable ; la possibilité d'un non-lieu et les autres conditions de l'article 689-11 – en particulier la résidence habituelle de l'auteur en France – couvrent la crainte de voir déposer de nombreuses plaintes dilatoires. De plus, *« elle [va] à l'encontre de la position défendue par la France dans la négociation du Statut de Rome visant à offrir aux victimes une place plus importante devant la Cour pénale internationale que celle qui leur était réservée devant les tribunaux pénaux internationaux spécialisés »*[1410].

339. Le monopole des poursuites induit par l'article 689-11 rapproche le droit français du système allemand, bien que ce dernier ne tienne pas compte du type de compétence mise en jeu. Il s'organise en effet autour d'une dichotomie[1411] traditionnelle et constante qui oppose les infractions poursuivies d'office, c'est-à-dire pour lesquelles le ministère public a le monopole des poursuites (§151 et 152 StPO), et les infractions poursuivies sur plainte (*Antragsdelikte*), le déclenchement de l'action étant opéré par le parquet mais nécessitant une manifestation de volonté du lésé[1412]. La majorité des infractions relèvent de la première catégorie. La seconde regroupe des actes de peu de gravité, comme par exemple les blessures corporelles par négligence (§230 StGB) ; elle exclut par principe les infractions internationales par nature, qui donnent toujours lieu à accusation publique. Cela explique que le rôle des personnes ou groupes de personnes victimes directes ou indirectes d'un crime de guerre ou contre l'humanité se cantonne à une simple dénonciation aux organes de poursuite. La décision d'engager l'action pénale incombe au parquet et plus

---

1410 Ibidem.

1411 On laissera de côté le cas des *« Privatklagedelikte »* (§§374-394 StPO), infractions pour lesquelles la victime dispose d'une action spécifique, la plainte privée, qui lui permet d'agir concurremment au ministère public mais sans être partie au procès, en tant que témoin.

1412 Sur la notion de lésé : en Allemagne, la personne atteinte visée au §77 al. 1 StGB – littéralement *« le blessé »* (*Verletzte*) – est par principe le titulaire du bien juridique protégé (intégrité physique, honneur, propriété, etc.) atteint par l'infraction. On retrouve l'idée de victime immédiate d'un préjudice, atteinte dans ses droits par le comportement pénalement répréhensible. Le §77 poursuit en visant aux al. 2 et 3 son conjoint ou concubin, ses héritiers ou ascendants en cas de décès du lésé, ou son représentant légal en cas de capacité limitée. Enfin, la jurisprudence a étendu la catégorie des plaignants aux personnes morales notamment aux associations de défense d'intérêts économiques ou encore aux associations de victimes.

spécifiquement, au procureur fédéral près la Cour fédérale, seul compétent pour la poursuite des crimes prévus par le *Völkerstrafgesetzbuch*. Il bénéficie à ce stade d'un pouvoir exclusif et, par dérogation au droit commun[1413], sous conditions, de l'opportunité des poursuites.

340. Afin d'éviter que l'Allemagne joue un rôle de *Weltpolizei* (police mondiale), le législateur a instauré en 2002 un filtre procédural, d'une grande complexité. Le §153f[1414] StPO prévoit en effet un principe de double subsidiarité. Toute juridiction étrangère qui se prévaut du principe de territorialité, de personnalité passive ou de personnalité active, ou toute juridiction internationale est compétente par priorité[1415]. Même si l'auteur se trouve en Allemagne, dès lors qu'il est étranger, a commis les faits à l'étranger et fait l'objet d'une procédure d'extradition vers une Etat bénéficiant d'une compétence préférentielle ou de transfèrement vers une juridiction internationale, les tribunaux germaniques doivent décliner leur compétence. A défaut de poursuite devant l'une de ces cours, ils redeviennent compétents. Dans cette hypothèse, ils n'ont l'obligation de poursuivre que si le suspect se trouve sur le sol allemand ou est de nationalité allemande, ou bien si la victime est elle-même allemande. *A contrario*, en l'absence de lien entre l'acte commis et l'Allemagne, le procureur fédéral est totalement libre de s'abstenir de déclencher l'action publique. Il lui

---

1413 En droit allemand, la légalité des poursuites est un principe traditionnel aux termes des §§152 al. 2 et 170 al. 1 StPO : le procureur est tenu de mettre en mouvement l'action publique si des éléments suffisamment probants ressortent des investigations.

1414 Le §153f a été conçu spécialement pour les crimes internationaux et introduit en droit interne par l'article 3.5 de loi instituant le *Völkerstragesetzbuch*, mais d'autres cas de classements existaient déjà aux §153 à 154 StPO. La doctrine distingue les classements pour des raisons de politique criminelle (§153, 153a, 153b, 153c al. 1, 154, 154a, 154c, 154d) et ceux fondés sur des motifs purement politiques (§§153c al 2, 153d, 153e). Voir Eric MATHIAS, *Les procureurs du droit, De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Ed. du C.N.R.S., Coll. Droit, 1999, p. 140 et suivantes.

En pratique, deux enquêtes sur trois aboutissent à un classement, soit que le parquet estime les preuves recueillies trop faibles, soit que la répression n'apparaisse pas utile au regard des dispositions législatives précitées. Voir Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « Eléments de la cohérence de la procédure pénale allemande - L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », in *La procédure pénale en quête de cohérence,* sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 252.

1415 La compétence universelle a donc *« valeur complétive »* selon une formule du Tribunal régional d'Hambourg dans un arrêt du 19 octobre 2012 (603 KLs 17/10), rendu dans une affaire de piraterie maritime.

appartient d'apprécier l'opportunité de la poursuite sans qu'aucun recours contre sa décision ne soit ouvert (§172 alinéa 2 StPO), hormis le cas où un lien de rattachement aurait été occulté.

La *ratio legis* de ce nouveau texte est à trouver dans des considérations d'ordre diplomatique. La juridiction allemande doit s'effacer devant un tribunal qui bénéficie d'un droit prioritaire de poursuites par l'existence d'un lien de rattachement, là où elle n'utiliserait que l'universalité de punir. En résumé, *« plus le lien entre l'Allemagne et les infractions figurant dans la plainte est lointain, plus la marge d'appréciation du parquet dans le déclenchement des poursuites s'accroît. Mais cette marge d'appréciation va se réduire en fonction du degré de difficulté que représentent le déclenchement et l'exercice des poursuites par des juridictions pénales internationales ou étrangères, répondant ainsi à l'objectif de lutte contre l'impunité des auteurs d'infractions particulièrement graves »*[1416].

341. Si la légitimité théorique de l'opportunité des poursuites n'est guère critiquable, son application laisse parfois un goût amer dans la bouche des victimes. La décision d'abandon d'une enquête diligentée contre Donald H. Rumsfeld en est significative[1417]. Rappelons brièvement les données de l'affaire.

Le 4 août 2003, l'armée américaine rouvre la prison irakienne d'Abou Ghraib, qui fut un lieu de détention, de torture et d'exécution de prisonniers politiques sous le règne de Saddam Hussein jusqu'à sa fermeture à l'automne 2002. Dans le même temps, la diffusion de photographies montrant des détenus irakiens humiliés par des militaires américains fait scandale. Entre le 15 septembre 2003 et le 8 janvier 2004, quarante-quatre cas de maltraitance sont recensés ainsi que le décès d'un prisonnier. Le 30 novembre 2004, le Centre américain pour les droits constitutionnels et plusieurs ressortissants irakiens déposent une plainte auprès du Procureur fédéral allemand, sur la base du

---

1416 Claire SAAS et Sebastian TRAUTMAN, « Actualités du droit pénal allemand », *R.S.C.*, 2007, p. 186.

1417 Pour une étude approfondie de l'affaire Rumsfeld, voir Tom GEDE, « Universal Jurisdiction : The German Case Against Donald Rumsfeld », chronique Criminal Law and procedure, revue *Engage* juin 2007, vol. 8, issue 3, pp. 41 à 46, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.fed-soc.org/doclib/20080314_CrimGede.pdf (consulté le 25 juillet 2013).

Völkerstrafgesetzbuch, contre l'ancien secrétaire américain à la Défense Donald Rumsfeld et d'autres responsables américains pour crimes de guerre. Le 10 février 2005, le Procureur fédéral refuse de donner suite à cette plainte en invoquant le §153f StPO. Il estime qu'en l'espèce les Etats-Unis sont seuls compétents, ayant un intérêt supérieur à poursuivre les responsables de tels actes, et précise qu'aucun citoyen allemand n'est intéressé par l'affaire. Dès lors, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour engager des poursuites, sauf à ce que les Etats-Unis refusent expressément d'agir en conséquence. Le mois suivant, les plaignants introduisent un recours devant la Cour fédérale pour obtenir qu'elle ordonne une enquête ; selon eux, le parquet est dans l'obligation de lancer des poursuites. Mais par une décision du 13 septembre 2005, ces arguments sont rejetés en bloc et le recours, jugé irrecevable en vertu du §172 alinéa 2 StPO. Un an plus tard, en novembre 2006, une deuxième plainte est déposée, accompagnée de preuves supplémentaires. Est précisé l'absence d'enquête ouverte aux Etats-Unis ou en Irak contre les responsables américains, ce qui tend à démontrer que la subsidiarité ne peut jouer. Pourtant, le 5 avril 2007, le Procureur fédéral s'abstient de nouveau d'engager des poursuites, aux termes d'un raisonnement différent fondé sur le principe d'opportunité, et confirmé par la suite par la Cour de Stuttgart : les défendeurs ne résident pas sur le territoire allemand et n'ont pas de raison d'y séjourner sous peu, ce qui réduit à néant les chances de succès de l'enquête.

On comprend que la réaction des organisations de défense de droits de l'homme ait été très vive. Il était aisé de reprocher à la justice allemande son manque d'indépendance en présence d'une telle décision, apparaissant comme une faveur injuste accordée au gouvernement américain.

342. En d'autres termes, par l'utilisation combinée des §§153f et 172 alinéa 2 StPO, le lien de rattachement avec l'Allemagne nécessaire à la mise en œuvre de la compétence universelle des tribunaux répressifs, absent des textes, est réintroduit[1418]. S'il ne s'agit pas

---

1418 *« Il existe un fossé initial entre la législation, qui va très loin en instaurant une compétence universelle absolue (ou in absentia), et la pratique des tribunaux, qui se base sur des règles procédurales restrictives et exigeantes qui permettent au juge d'éviter très facilement la mise en œuvre de la compétence universelle »*. Cf. Ariane GATHELIER, *La compétence universelle en droits allemand et*

d'une condition stricte de résidence habituelle comme en France, on observe un rapprochement des deux droits en pratique. Mais c'est compter sans la troisième limite à la compétence universelle française, que l'Allemagne cette fois-ci, ne connaît pas : la réciprocité d'incrimination.

C. DOUBLE INCRIMINATION

343. Aux deux premières restrictions posées à l'universalité dans le domaine des crimes de guerre et contre l'humanité relevant du Traité CPI, vient encore se greffer l'instauration d'un critère de double incrimination. L'article 689-11 alinéa 1 prescrit que les poursuites en France ne sont possibles que *« si les faits sont punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont elle a la nationalité est partie à la convention »* de Rome. Aucune difficulté lorsque l'infraction a été commise sur le territoire d'un Etat partie au Statut ou par le ressortissant d'un tel Etat. En revanche, dans toute autre hypothèse, les actes en cause doivent être passibles de sanction tant en France que dans l'Etat de commission pour déclencher les poursuites devant les autorités nationales.

Cette réciprocité d'incrimination, signe ostensible de la volonté de sauvegarder la souveraineté d'un Etat non signataire du Statut, est extrêmement restrictive. La pratique prouve en effet que les pays qui n'incriminent pas les crimes internationaux par nature sont justement les plus susceptibles d'être concernés par ces infractions[1419]. De plus, elle ne se retrouve dans aucune autre disposition relative à la compétence extraterritoriale des tribunaux français, notamment universelle. Enfin, totalement méconnue des législations internes étrangères, elle est incompatible avec l'article 13 du Statut CPI qui ne l'envisage pas, de même qu'avec le principe de complémentarité selon lequel les magistrats nationaux doivent demeurer les premiers juges des infractions internationales par nature.

---

français - Approche comparative, Mémoire de Master II sous la direction de Mathias Forteau, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2013, p. 40.

1419 Selon Jinane BAROUDY, *« cette condition de double incrimination (...) aura pour effet de provoquer de nouvelles injustices et d'affaiblir la lutte contre l'impunité, et, en définitive, de circonscrire l'étendue du Statut de Rome et la crédibilité des engagements internationaux »*. Cf. « La compétence universelle en mutation… (A propos de la loi française n° 2010-930 du 9 août 2010) », *R.S.C.*, 2011, p. 236. Dans le même sens, Ghislain POISSONNIER, « Mise en œuvre par la France du Statut de la Cour pénale internationale : la compétence extraterritoriale menacée », op. cit., p. 2095.

344. Tout bien considéré, la compétence universelle dérogatoire de l'article 689-11 procède plus de l'extraterritorialité que de l'universalité[1420]. Mais le Parlement pourrait rapidement prendre en compte les reproches soulevés ; en témoigne la proposition de loi tendant à modifier l'article 689-11[1421], telle qu'adoptée par le Sénat le 26 février 2013 et actuellement à l'étude devant l'Assemblée nationale[1422]. La résidence habituelle serait remplacée par la simple présence de l'auteur présumé en France et la double incrimination, supprimée. De même, sans revenir sur l'exclusion de l'action civile en la matière[1423], un pas pourrait être fait dans le sens d'une plus grande prise en considération des plaignants :

> « (…) Lorsque, en application de l'article 40-3 du présent code, le procureur général est saisi d'un recours contre une décision de classement sans suite prise par le procureur de la République, il entend la personne qui a dénoncé les faits si celle-ci en fait la demande. S'il estime le recours infondé, il en informe l'intéressé par une décision écrite motivée. »[1424]

1420 L'expression *« compétence extraterritoriale »* a d'ailleurs été, à juste titre nous semble-t-il, préférée dans la lettre même de l'article 7 bis de la loi du 9 août 2010.

1421 Proposition de loi n° 753 déposée par Jean-Pierre SUEUR et les membres du groupe socialiste et apparentés sur le bureau du Sénat le 6 septembre 2012, renvoyée devant la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale le 13 février 2013 et enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 février 2013. Etourderie ou choix délibéré, cette proposition porte, selon son titre exact, sur la *« compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale ».*

1422 Pour une analyse, Clémence BECTARTE et Patrick BAUDOUIN, « La proposition de loi Sueur : vers une mise en conformité du droit français avec les obligations de la France en termes de lutte contre l'impunité des crimes les plus graves », *A.J. Pénal*, 2013, p. 257.

1423 La Commission des lois a pourtant proposé un amendement permettant une alternative intermédiaire : soit aucun indice ne permet de penser que la personne a déjà été recherchée par une juridiction nationale ou par la CPI, et dans ce cas, seul le parquet peut être à l'initiative des poursuites, le cas échéant après signalement de la présence de l'intéressé sur le territoire par une victime ou une association ; soit une victime ou une association a connaissance de poursuites engagées à l'encontre d'un individu devant la CPI ou une juridiction nationale, et dans ce cas, elle peut passer outre une éventuelle inertie du parquet en saisissant directement un juge d'instruction. Cf. Rapport n° 353, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi de M. Jean-Pierre SUEUR et plusieurs de ses collègues tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale, par Alain ANZIANI, 13 février 2013, p. 34.

1424 Article 1er alinéa 5 de la proposition de loi n° 753 précitée.

345. Notons que le champ d'application de la compétence devrait aussi être élargi à l'ensemble des auteurs de crimes contre l'humanité, génocides et crimes et délits de guerre, y compris ceux qui ne relèvent pas du ressort de CPI au motif qu'ils ne sont pas ressortissants d'un État signataire du Traité de Rome, par exemple. En somme, il serait créé un principe général de compétence universelle comme il en existe un de l'autre côté du Rhin, dans l'article 1 VStGB. Une refonte de ce type rapprocherait manifestement – sans toutefois l'harmoniser – notre dispositif pénal du système germanique qui, bien que prometteur dans sa lettre, est beaucoup plus timoré en pratique.

346. Il faut dire que le bilan que l'on peut dresser du recours à l'universalité de punir en Allemagne est loin d'être exceptionnel. A l'heure actuelle, une seule condamnation a été prononcée sur ce fondement, qui concerne un ressortissant rwandais, réfugié politique résidant sur le territoire germanique depuis plusieurs années, reconnu coupable de complicité de génocide[1425]. Notons que cette procédure a été déclenchée par le ministère public à la suite de l'émission d'un mandat d'arrêt à Kigali, relayé par Interpol. En revanche, aucune des soixante plaintes dont ont été saisies les juridictions depuis 2002 n'a encore donné lieu à décision ; une seule, déposée contre un leader de la milice rwandaise

---

1425 Affaire Onesphore Rwabukombe, ancien maire de la commune de Muvumba, accusé d'avoir ordonné et coordonné, entre le 11 et le 15 avril 1994, trois massacres ayant causé la mort de 3.730 personnes. Après les tueries, il fuit son pays et rejoint l'Allemagne en 2002. Il obtient l'asile politique pour lui et sa famille en 2007. La même année, son nom est inscrit sur la liste des génocidaires présumés recherchés par la justice rwandaise et sur celle d'Interpol. Un mandat d'arrêt est émis à son encontre. Arrêté une première fois, il est remis en liberté, l'Allemagne refusant de l'extrader vers le Rwanda par crainte d'un procès inéquitable. Toutefois, les juridictions germaniques décident d'investiguer par elles-mêmes. Il est de nouveau interpellé en juillet 2010. Le 18 janvier 2011, le Tribunal régional de Francfort admet sa compétence sur le fondement de l'universalité (à propos de cette décision, Patrick KROKER, « Universal Jurisdiction in Germany : the Trial of Onesphore R. before the Higher Regional Court of Frankfurt », *German Yearbook of International Law*, vol. 54, 2011, pp. 670-687). Il est condamné le 18 février 2014 à 14 ans d'emprisonnement. Pour des explications, communiqué de presse par la cour disponible **[en ligne]** sur http://www.olg-frankfurt.justiz.hessen.de/irj/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet?rid=HMdJ_15/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet/nav/d44/d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818,d7012aab-1bf3-4417-9cda-a2b417c0cf46,,,11111111-2222-3333-4444-100000005004%26_ic_uCon_zentral=d7012aab-1bf3-4417-9cda-a2b417c0cf46%26overview=true.htm&uid=d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818, (consulté le 25 février 2014).

opérant en République Démocratique du Congo, a abouti à l'ouverture d'une action[1426]. Cela témoigne des difficultés et des limites d'une compétence aussi exorbitante.

Les tribunaux français, quant à eux, n'ont pas encore usé de la compétence spécifique ouverte par l'article 689-11 C.P.P. Jusqu'à présent, ils n'ont traité que des plaintes, nombreuses, relatives aux exactions commises en Ex-Yougoslavie et au Rwanda[1427], ou à des actes de torture commis à l'étranger[1428]. Dans ce cadre, ils n'ont pas manqué de rappeler, avec la plus grande fermeté, les critères de la compétence universelle « à la française » contenue dans les articles 689-1 et suivants C.P.P.[1429].

1426 Affaire Ignace Murwanashyaka, connu pour être le chef des Forces démocratiques de libération du Rwanda, mouvement rebelle actif à l'est du Congo composé majoritairement de hutus, qui pille et détruit de nombreux villages, tue des civils et utilise le viol systématique comme une arme de guerre dans la région des Grands Lacs. En 1989, Murwanashyaka se réfugie en Allemagne où il obtient l'asile en 2000. En 2006, le Procureur fédéral allemand entame une enquête préliminaire à son encontre mais en l'absence de preuves confirmant son implication dans le conflit qui déchire le Congo, le procureur clot l'affaire. Trois ans plus tard, le 16 novembre 2009, la Cour fédérale allemande émet un mandat d'arrêt sur la tête de Murwanashyaka. Il est arrêté le lendemain pour avoir coordonné depuis l'Allemagne les actions des Forces démocratiques de libération du Rwanda, entre janvier 2008 et juillet 2009. En décembre 2010, il est inculpé de crimes contre l'humanité, crimes de guerre et appartenance à un groupe terroriste étranger. Son procès s'est ouvert à Stuttgart le 4 mai 2011 ; il est toujours en cours pour cause de nombreux retards de procédure. La décision devrait être normalement connue avant la fin de l'année 2014.

1427 Comme dans l'affaire dite « du prêtre rwandais », dans laquelle la Cour de cassation procède à une requalification des faits de génocide en tortures pour que les juges du fond se déclarent compétents (Cass. crim., 6 janvier 1998, n° 96-82.491, *Bull. crim*., n° 2, p. 3 ; *R.S.C.*, 1998, p. 837 ; *J.C.P. éd. G.,* 1998, n° 19, IV, 2025). Plus récemment, le 14 mars 2014, un officier rwandais, Pascal Simbinkangwa, a été condamné à 25 ans de réclusion criminelle par la Cour d'Assises de Paris pour sa participation au génocide de 1994 (décision n° 13/0033, fax-similé disponible **[en ligne]** sur http://proces-genocide-rwanda.fr/wp-content/uploads/2014/04/scan005.pdf consulté le 30 mars 2014) ; voir Bernadette AUBERT, « Effectivité de la peine en droit pénal international », in Michel DANTI-JUAN (sous la dir.), *L'ineffectivité des peines*, Actes des journées d'études des 13-14 juin 2014, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 29, Cujas, à paraître.

1428 Pour un exemple, la juridiquement célèbre affaire Ely Ould Dah, capitaine de l'armée mauritanienne interpellé lors d'un stage effectué à Montpellier. Les juges du fond se sont reconnus compétents sur le fondement de l'universalité, quand bien même une loi étrangère avait amnistié l'accusé (Cass. crim., 23 octobre 2002, n°02-85.379, *Bull. crim*., n° 195, p. 725 ; *R.S.C.*, 2003, p. 425 et suivantes).

1429 En particulier CA Paris, 24 novembre 1994, confirmé par Cass. crim., 26 mars 1996, n° 95-81.527, *Bull. crim*., n° 132, p. 379, affaire Javor et autres. Pour une analyse complète, Claude LOMBOIS, « De la compassion territoriale », op. cit., p. 399 et suivantes.

SECTION II.

DROIT OU NON-DROIT A L'OUBLI

« Les hommes sont incapables de pardonner ce qu'ils ne peuvent punir. »[1430]

347. A l'heure actuelle, les controverses sont nombreuses sur ce concept de « droit à l'oubli », dont les interprétations sont diverses et les implications, multiples. Pour ce qui nous occupe, on pense au droit à l'oubli comme vecteur de pardon parce qu'imposé par le système normatif étatique au bénéfice d'un délinquant. Droit d'être oublié, droit de voir son crime oublié, droit de faire le choix de tourner la page de son passé infractionnel. Autant de considérations qui procèdent de l'idée qu'une répression utile ne saurait s'entendre d'une vindicte systématique, en tout temps et en tout lieu. Dès lors que le droit pénal doit apaiser le corps social après le trouble causé par l'acte prohibé, il doit nécessairement faire une place au travail du temps et aux sentiments d'oubli voire de pardon qui l'accompagnent souvent. Cela justifie que soit mis en place un régime procédural dit « de clémence », connu aussi bien en France qu'en Allemagne.

La clémence se définit comme *« le sentiment de générosité qui porte à épargner les coupables ou à atténuer les peines encourues »*[1431]. Sont sous-tendues les notions d'indulgence, de magnanimité, de mansuétude et de bienveillance à l'égard d'une personne soupçonnée ou reconnue coupable d'avoir commis une infraction à la loi. Partant, on entend par mesures de clémence[1432], les règles procédurales permettant à un corps politique ou social de pardonner et/ou d'oublier une conduite jugée répréhensible. Entrent ici en

---

1430 Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, traduit de l'anglais par Georges FRADIER, Ed. Pocket, Coll. Agora, 1994, p. 231.

1431 *Dictionnaire Larousse*, « Clémence ».

1432 Sur cette notion, Hélène RUIZ-FABRI, « Introduction générale », in *La clémence saisie par le droit,* Société de législation comparée, Coll. U.M.R. de droit comparé de Paris, 2007, pp. 16-17.

ligne de compte la lutte contre l'impunité des criminels, la souveraineté de l'Etat et son droit de punir, de même que le respect des droits de l'homme. Ces intérêts sont mis en balance afin de trouver le dispositif le plus satisfaisant car le plus équilibré possible.

348. Mais dans le contexte des crimes de masse, les discussions sont particulièrement âpres, les enjeux, antagonistes. Comment accepter cette amnésie légale face à des exactions d'une telle ampleur matérielle et symbolique ? Comment concilier le « droit à l'oubli » et le nécessaire « devoir de mémoire » induit par l'atrocité de ces actes, revendiqué par les victimes et prescrit par les politiques ? La mémoire, c'est avant tout la mémoire des victimes survivantes ou des proches des défunts. Or, comme on a pu le voir dans l'immédiat après-guerre pour la communauté juive[1433], c'est bien souvent le silence, conséquence du traumatisme ou véritable refoulement volontaire, qui suit le crime. Ce mutisme trouve plus tard une réponse quasi-thérapeutique dans le procès : *« pour les victimes, rien ne peut remplacer l'œuvre de justice. Elle fait des survivants des vivants »*[1434]. La catharsis passerait donc par l'effectivité de la sanction prononcée par l'autorité judiciaire. Par conséquent, on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité de raisonner avec les outils applicables aux infractions ordinaires, que sont la prescription, d'une part, l'amnistie et la grâce, d'autre part, lorsqu'il s'agit de punir l'auteur d'un crime de guerre ou contre l'humanité.

§ 1. PRESCRIPTION

349. L'écoulement d'un certain délai entraîne l'extinction de l'action publique, rendant de ce fait toute poursuite impossible. Il atteint également la sanction prononcée par le juge qui, lorsqu'elle n'est pas mise à exécution dans un laps de temps défini, ne peut plus être subie[1435]. Cette institution, connue à la fois en Allemagne et en France, est interprétée

---

1433 Cf. supra §38 et suivants.

1434 Maurice-David MATISSON, *Le Nouvel Observateur*, 18 décembre 1997. Pour des explications, §234.

1435 Pour une présentation synthétique comparative des délais de prescription de droit commun applicables à l'action publique et à la peine en Allemagne et en France, voir annexe n° VII, sur cd.

comme *« l'expression de la grande loi de l'oubli »*[1436]. L'idée mise en avant est que, passé un certain délai, ni l'opinion ni la victime ne réclament plus que la justice soit rendue. Il serait d'ailleurs inopportun de ranimer les agitations en rappelant des infractions anciennes. Au surplus, la société perd son droit de punir dès lors que l'exercice des poursuites est délibérément tardif ; il en va du respect du droit d'être jugé dans un délai raisonnable[1437]. Au-delà de ces premiers fondements philosophiques, la prescription se justifie également par des considérations plus techniques, telles que le possible dépérissement des preuves ou encore le *« sens éducatif de la peine »*[1438]. Puisque son utilité – et donc sa nécessité – décroît, la peine devient illégitime au regard des principes fondamentaux du droit pénal.

350. Pourtant, comme on a pu le constater avec l'affaire Barbie dans les années 1980[1439], la prescription en matière de crimes internationaux ne recueille pas le plus large consensus. Déjà en 1764, Beccaria déclarait : *« lorsqu'il s'agit de ces crimes atroces dont la mémoire subsiste longtemps parmi les hommes, s'ils sont une fois prouvés, il ne doit y avoir aucune prescription en faveur du criminel qui s'est soustrait au châtiment par la fuite »*[1440]. Il soulevait la problématique de l'écoulement du temps et la difficulté de juger rapidement et efficacement lorsqu'il en va des crimes odieux et indicibles. De surcroît, les souffrances de la Seconde Guerre mondiale, toujours prégnantes, démontrent qu'une dizaine ou une vingtaine d'années ne suffit pas à dépasser le traumatisme[1441]. La conscience collective a besoin de se souvenir pour se construire et endiguer les risques de

---

1436 Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel – Procédure pénale*, Cujas, 5ème éd., 2001, p. 66.

1437 Pour plus de précisions sur le sens et les lacunes de ces première idées, Jean DANET, Sylvie GRÜNVALD, Martine HERZOG-EVANS et Yvon LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 123-132.

1438 Ibidem, p. 141.

1439 Voir supra §§222-223.

1440 Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1979, p. 80.

1441 *« Le temps qui émousse toutes choses, le temps qui travaille à l'usure du chagrin comme il travaille à l'érosion des montagnes, le temps qui favorise le pardon et l'oubli, le temps qui console, le temps liquidateur et cicatriseur n'atténue en rien la colossale hécatombe : au contraire il ne cesse d'en aviver l'horreur. »* Cf. Vladimir JANKELEVITCH, *L'imprescriptible – Pardonner ? Dans l'honneur et la dignité*, Seuil, Coll.Points – Essais, 1986, p. 27.

réitération des faits[1442]. L'imprescriptibilité constitue alors la *« seule manifestation publique de l'inoubliable »*[1443]*,* d'autant qu'elle permet la reconnaissance publique de la qualité de victime, et, en cela, ouvre la voie à un apaisement même tardif de la douleur.

C'est pourquoi, le droit international a expressément consacré cette règle dérogatoire pour les crimes internationaux par nature dans deux instruments normatifs déjà anciens : la Convention des Nations-Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 28 novembre 1968[1444] et la Convention du Conseil de l'Europe du 25 janvier 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité[1445]. L'entrée en vigueur du Statut de Rome a permis de rappeler ce précepte puisque l'article 29 stipule que les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas[1446]. Au niveau national, la France et l'Allemagne fédérale ont adopté une position commune s'agissant du génocide et des crimes contre l'humanité, en supprimant à leur égard la prescription. A l'inverse, des différences se maintiennent encore lorsque l'on étudie le « régime temporel » applicable aux crimes de guerre.

1442 Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT, « La remise en cause du régime de la prescription par les crimes internationaux : perspectives comparées et internationales », *A.J. Pénal*, 2006, pp. 298-299.

1443 Jean-Marc VARAUT, « La prescription : table ronde du 22 janvier 1999 », *Droits* n° 31, 2000, p. 58. Au contraire, Alain FINKIELKRAUT propose de distinguer les concepts d'inoubliable et d'imprescriptible pour éviter toute simplification inadaptée (Ibidem, p. 57). Pour sa part, Danièle LOCHAK appelle à la plus grande prudence lorsqu'il s'agit de poursuivre un criminel très longtemps après la commission des faits : *« poursuivre quelqu'un pour un crime contre l'humanité et ensuite l'acquitter, c'est prendre le risque de le blanchir devant l'opinion et devant l'histoire des crimes qu'il a malgré tout commis »*, ce qui serait, selon elle, plus douloureux pour les victimes que l'absence même de procès (Idem, p. 60).

1444 En annexe de la Résolution n° 2391 de l'Assemblée générale.

1445 STCE n° 082.

1446 Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT remarquent que *« [l'article 29 du Statut de Rome] ne ferait que codifier une règle de droit coutumier existante pour les crimes de génocide et crimes contre l'humanité et pourrait être considéré comme le point de départ de l'élaboration d'une règle internationale de droit coutumier pour les autres crimes objets du Traité »*. Cf. « La remise en cause du régime de la prescription par les crimes internationaux : perspectives comparées et internationales », op. cit., p. 297.

A. CONSENSUS QUANT AU GENOCIDE ET AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITE

351. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité commis au cours de la Seconde Guerre mondiale a été consacrée pour la première fois en France par la loi de 1964[1447] et confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation[1448]. Mais par l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, c'est un véritable principe général d'imprescriptibilité (poursuites et sanction prononcée) qui est établi[1449], pour les crimes contre l'humanité et les génocides, à l'article 213-5[1450]. Ne sont cependant concernés que les actes commis à l'avenir, par respect du principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

En Allemagne, dans les années 1990, le système est moins lisible puisqu'il n'existe pas d'incrimination « crime contre l'humanité » en tant que telle[1451]. Historiquement[1452], rappelons que le problème de la prescription s'est posé dès 1964 lorsque le gouvernement de la R.F.A., basé à Bonn, a annoncé que les crimes nazis ne pourraient plus être poursuivis à partir du 8 mai 1965. Cette déclaration a soulevé une importante vague de protestations, particulièrement parmi les victimes et leurs proches, puis dans la sphère politique[1453]. Pour tenter d'endiguer les tensions, le législateur est intervenu par trois fois.

1447 Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité (*JORF*, 29 décembre 1964, p. 11788). Contexte d'élaboration et contenu analysés précédemment, §§210-218.

1448 Bien que les décisions de la Cour aient suscité un certain nombre de polémiques, voir supra §219 et suivants.

1449 La circulaire du 14 mai 1993, présentant les dispositions du nouveau code et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur, indique que l'article 213-5 *« confirme »* l'imprescriptibilité de ces infractions. Cette formulation nous semble juridiquement incorrecte puisque la loi de décembre 1964 ne fixait pas un principe général pour tous les crimes contre l'humanité, mais uniquement une dérogation à la prescription pour ceux relevant du statut du TMI de Nuremberg. D'ailleurs, la Cour de cassation a toujours refusé d'étendre l'imprescriptibilité aux crimes autres que ceux commis pour le compte des puissances de l'Axe. Partageant cet avis, Alexis MIHMAN, *Contribution à l'étude du temps dans la procédure pénale : pour une approche unitaire du temps dans la réponse pénale*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris Sud XI, 2007, p. 100.

1450 Art. 213-5 CP : *« L'action publique relative [aux génocides et crimes contre l'humanité], ainsi que les peines prononcées sont imprescriptibles. »*

1451 Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent.

1452 Voir supra §197.

1453 Pour un exposé des manifestations de ce mécontentement, voir Jean GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », *R.P.S.*, 1965, p. 119 et suivantes ; également Pierre MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude de droit*

La première loi prise le 13 avril 1965[1454] a réglé provisoirement – et, il faut l'avouer, artificiellement – la difficulté en prévoyant une suspension de la prescription entre le 8 mai 1945 et le 31 décembre 1949, date de la création de la R.F.A. Mais c'est surtout le texte voté par le *Bundestag* le 26 juin 1969[1455] qui a considérablement modifié le code pénal allemand, puisque désormais le génocide du §220a est imprescriptible (ancien §66 alinéa 2 StGB) ; les crimes de sang de droit commun, quelque soit le contexte de commission, sont eux soumis à un délai spécifique de trente ans[1456]. Dix ans plus tard[1457], le *Bundestag* décidera d'étendre l'imprescriptibilité au meurtre aggravé du §211 StGB.

Après refonte du code pénal allemand en 1998[1458], signalons que le nouveau §78 alinéa 2 StGB fixe l'imprescriptibilité de l'action publique pour le génocide et le *Mord*, quand le nouveau §79 alinéa 2 envisage un tel principe applicable à la peine pour le génocide et les crimes punis de l'emprisonnement à vie.

352. La loi française du 9 août 2010 n'est évidemment pas revenue sur l'imprescriptibilité. Outre-Rhin, les règles applicables ont nettement évolué avec l'introduction du *Völkerstrafgesetzbuch* en 2002. En effet, le §5 dispose que la poursuite des crimes prévus par ce code[1459] – incluant le génocide et les crimes contre l'humanité –

---

international et de droit pénal comparé, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, p. 83 et suivantes.

1454 *Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen* du 13 avril 1965, *BGBl*, 1965, I, p. 315.

1455 *Strafrechtsänderungsgesetz* du 26 juin 1969, *BGBl*, 1969, I, p. 645. Cette loi a été adoptée sous l'influence de la Convention des Nations-Unies bien que non ratifiée par l'Allemagne. Elle est entrée en vigueur le 6 août 1969.

1456 *« Ainsi, ce texte réalise une sorte de compromis entre les diverses tendances qui s'étaient affrontées lors des débats, en établissant implicitement une distinction entre les crimes commis par les nazis, laissant les dossiers des crimes « les moins graves » ouverts jusqu'au 31 décembre 1979 et déclarant les autres imprescriptibles. »* Cf. André VARINARD, *La prescription de l'action publique – Sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse de doctorat en Droit, Université Lyon III, 1973, p. 52.

1457 *Strafrechtsänderungsgesetzes* du 16 juillet 1979, *BGBl*, 1979, I, p. 1046 ; voir également *R.G.D.I.P.*, 1979, p. 751.

1458 Pour les étapes de la réforme, supra note n° 1289.

1459 Le terme « crime » est important, sont exclues de l'imprescriptibilité les infractions délictuelles visées aux §§13-14 VStGB.

et l'exécution des peines prononcées pour les punir sont imprescriptibles. Le législateur entend par là satisfaire aux exigences de l'article 29 du Statut CPI.

Sur ce point, les ordonnancements français et allemand sont donc aujourd'hui sur la même longueur d'onde ; l'un et l'autre dénient tout effet extinctif au temps face aux crimes jugés les plus atroces. En revanche, cette unanimité n'est pas atteinte s'agissant des crimes de guerre.

B. DISSENSUS QUANT AUX CRIMES DE GUERRE

353. On le sait[1460], avant 2002, il n'existe pas d'incrimination « crime de guerre » en Allemagne. Dans les années 1990, comme pour les actes qualifiables de crimes contre l'humanité, seul le *Mord*, infraction de droit commun assimilable au crime de guerre si elle est commise dans le contexte d'un conflit armé, est imprescriptible. Toutes les autres violations des lois et coutumes de la guerre restent en revanche soumises aux délais de prescription de droit commun, en fonction du degré de sanction encourue.

Par la suite, l'effort de cohérence et de lisibilité déployé par le législateur allemand dans le cadre de l'adaptation de ses normes au Statut de Rome a commandé de retenir, pour l'ensemble des crimes internationaux introduits dans le *Völkerstrafgesetzbuch*, une seule et même règle temporelle exorbitante du droit commun, l'imprescriptibilité (§5 précité). En conséquence, les actes caractéristiques de crimes de guerre au sens des §8 à 12 VStGB ne sont plus atteints par la prescription extinctive, ni de l'action publique, ni de la peine.

354. Cette orientation, conforme aux prescriptions du droit conventionnel, n'est pourtant pas exempte de toute critique. D'aucuns[1461] relèvent une incompatibilité – sinon une contradiction – entre les textes des code pénal et de droit pénal international, puisque le premier n'admet l'imprescriptibilité que de manière très restrictive, pour le génocide et le meurtre aggravé. Si cela pose une difficulté pour les crimes contre l'humanité *stricto*

1460 Cf. supra §270 et suivants.

1461 Robert ROTH et Yvan JEANNERET, « Droit allemand », op. cit., p. 23.

sensu, c'est surtout l'application de ce régime dérogatoire aux crimes de guerre considérés comme moins graves qui peut paraître disproportionnée, notamment lorsque l'acte ne porte pas atteinte à la personne humaine mais seulement à la propriété. Le groupe de réflexion sur le *Völkerstrafgesetzbuch* avait conscience de ces frictions. Deux considérations ont toutefois guidé son choix : d'un côté, les infractions punies de la privation de liberté de plus de dix ans sont soumises à une prescription ordinaire de vingt à trente ans, ce qui en pratique, selon les parlementaires allemands, est *« [comparable] à l'imprescriptibilité »* ; d'un autre côté, la suppression de la prescription se justifie si on envisage l'hypothèse d'un blocage ou d'un retard manifestement excessif de l'action pénale, soit du fait de l'éloignement du lieu de commission, soit par l'absence de coopération d'un Etat appelé à poursuivre l'infraction en priorité (compétence territoriale ou personnelle)[1462].

355. Si le débat a trouvé une issue par une répression accrue en Allemagne, il n'est pas complètement réglé en France. Incriminations absentes du code pénal jusqu'en 2010[1463] – donc ne donnant pas lieu à l'application d'un régime particulier –, les crimes et délits de guerre font désormais l'objet d'un livre spécifique (Livre IV bis), distinction formelle lourde de conséquences en matière de prescription. Ils ne sont pas insérés dans le Livre II tant et si bien que l'article 213-5 ne leur est pas applicable. En revanche, un article 462-10 a été inséré, qui prévoit une prescription de l'action publique et de la peine d'une durée de trente ans à l'égard des crimes et de vingt ans à l'égard des délits de guerre.

La doctrine s'étonne d'une telle différence de traitement entre des crimes de guerre et contre l'humanité que le droit conventionnel met sur le même plan[1464]. De plus, le maintien

---

1462 Voir l'exposé des motifs sur l'article 1 de la loi sur l'introduction du code de D.P.I., *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, *BGBl,* 2002, I, p. 2254 ; extraits en version française disponible **[en ligne]** sur le site de l'*Institut für Kriminalwissenschaften de Göttingen*, http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,56/dir,DESC/gid,147/limit,50/limitstart,0/order,name/task,cat_view/ (consulté le 3 mai 2013), p. 30.

1463 Sur l'intégration des crimes et délits de guerre en droit français, supra §279 et suivants.

1464 Notons que cette posture de la France n'est pas récente, puisque ni la Convention de l'O.N.U. ni celle du Conseil de l'Europe sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité n'ont été ratifiées.

de la prescription pour ces actes est incohérent tant au regard du droit interne[1465] que des engagements internationaux de la France[1466]. Au demeurant, les débats parlementaires ont montré tout l'enjeu de cette problématique. On a justifié cette orientation par la volonté de conserver l'imprescriptibilité comme marque procédurale de la spécificité du génocide et des crimes contre l'humanité[1467] : *« la généralisation de l'imprescriptibilité aurait pour inconvénient de conduire à un traitement indifférencié des infractions quelque soit leur degré de gravité »*[1468]. C'est pourquoi le législateur a jusqu'à présent toujours refusé d'étendre l'imprescriptibilité au terrorisme ou à la criminalité sexuelle. Mais cet argumentaire officiel ne convainc pas pleinement. La posture française continue de faire couler beaucoup d'encre et d'aiguiser les curiosités. Elle semble la conséquence juridique des craintes de l'armée et d'une partie de la classe politique face aux opérations militaires de combat menées sur des territoires étrangers auxquelles participent des soldats français. Ces inquiétudes sous-jacentes réactivent non seulement le passé douloureux des violences commises en Algérie et en Indochine, que l'on a pris soin de qualifier de crimes de guerre prescrits[1469], mais aussi le vif débat sur la coopération des militaires français avec le

---

1465 Traditionnellement, les infractions miliaires de désertion à bande armée, de désertion à l'ennemi ou en présence de l'ennemi et de désertion ou insoumission à l'étranger en tant de guerre pour se soustraire aux obligations militaires sont imprescriptibles (art. 94 al 2 et 181 de Code de justice militaire pour l'action publique ; art. 375 alinéa 2 pour la peine). Une même application de l'imprescriptibilité aux crimes de guerre ne serait donc pas choquante, surtout si on tient compte du caractère de violation du droit international humanitaire. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a constaté *« qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touche l'ensemble de la communauté internationale »* (Cons. const., 22 janvier 1999, n° 98-408 DC ; *JORF*, 24 janvier 1999, p. 1317, déjà évoquée note n° 1193).

1466 La complémentarité de la CPI et des juridictions internes induite par le Statut de Rome pousse les législateurs dans le sens d'une imprescriptibilité globale. La Cour pourrait se trouver saisie du seul fait de l'application des règles nationales en matière de prescription.

1467 Aussi bien Robert BADINTER que Nicole AMELINE pour la Commission des Affaires étrangères (Avis AN. n° 1828 précité, p. 41) soutiennent cette justification. Pourtant, le même Robert BADINTER proposait en 2003 de déclarer les crimes de guerre imprescriptibles (Proposition de loi n° 370 relative aux crimes de guerre, déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale le 26 juin 2003, art. 1).

1468 Rapport d'information n° 338 sur le régime des prescriptions civiles et pénales de Jean-Jacques HYEST, Hugues PORTELLI et Richard YUNG, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, enregistré à la présidence du Sénat le 20 juin 2007, p. 38.

1469 A propos de la guerre d'Algérie, Cass. crim., 30 mai 2000, n° 99-84.024, *Bull. crim*., n° 204, p. 600 (*J.C.P. éd. G.,* 2001, II, 10559, note ROULOT) ; pour les crimes commis en Indochine, Cass., crim., 1er avril 1993, n° 92-8.2273, *Bull. crim*., n° 143, p. 351 (*Droit pénal,* 1994, comm. 38, obs. ROBERT), arrêt évoqué précédemment §230.

Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie. En décembre 1997, s'était installée une situation gravement conflictuelle à la suite d'une déclaration du ministre de la Défense de l'époque Alain Richard, refusant de se plier aux demandes du TPI pour ne pas avoir à se soumettre à un pouvoir judiciaire à l'anglo-saxonne[1470]. Cela laissait présager de la position du ministère des Armées lors des négociations du texte de 2010[1471].

Reste que le Conseil constitutionnel français, saisi de cette loi, n'a pas jugé légitime de la censurer[1472]. Refusant de se reconnaître compétent pour juger de la conventionnalité au regard du Statut de Rome des dispositions déférées devant lui (considérant 5), il a ensuite écarté la question de l'égal traitement des victimes de crimes internationaux par nature :

> « 6. Considérant, en second lieu, que 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 ;
>
> 7. Considérant que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont de nature différente ; que, par suite, en portant de dix à trente ans le délai de prescription de l'action publique pour les crimes de guerre, alors que les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles en application de l'article 213-5 du code pénal, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité ».

356. En résumé, l'ordonnancement juridique allemand prend la voie d'une répression très stricte de tous les crimes internationaux par nature, imprescriptibles, alors que la France opte pour une voie médiane, plus timide et d'inspiration politique. Un même constat peut-il être dressé pour l'amnistie et à la grâce ?

1470 Il estimait que la procédure pratiquée relevait d'une *« politique spectacle »*. Propos repris dans le journal *Le Monde*, 15 décembre 1997.

1471 Michel DANTI-JUAN et Michel MASSE, « L'évolution du droit français des crimes de guerre », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly, Loyauté, justice et vérité*, La Charte, 2009, p. 118.

1472 Cons. const., 5 août 2010, n° 2010-612 DC, *JORF*, 10 août 2010, p. 14682.

§ 2. AMNISTIE ET GRACE

357. Dans son acception classique, l'amnistie est une *« institution pénale reposant sur une fiction et qui a pour but d'enlever pour l'avenir tout caractère délictueux à certains faits pénalement répréhensibles en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés »*[1473]. Elle désigne la mesure qui, ne contestant ni la réalité des actes commis, ni la culpabilité de leur auteur, permet d'exonérer après coup de « coloration pénale » un fait *a priori* déclencheur de sanction[1474]. L'effet général de l'amnistie renvoie donc à la notion d'oubli rétroactif[1475] ; elle procède moins d'une faveur individuelle que d'une considération de paix sociale[1476]. Derrière cette mesure indulgente, se cache également une certaine idée de pardon[1477], ce qui distingue l'amnistie de la prescription uniquement identifiable à l'oubli[1478]. Enfin, il en va de l'intérêt de l'Etat qui ne doit pas user de son droit de punir lorsque la peine est considérée comme ayant perdu

---

1473 Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, Tome II, op. cit., p. 942. Cette formulation a été reprise par le Conseil constitutionnel notamment dans les décisions n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie (considérant 8, *JORF*, 11 juillet 1989, p. 8734) et n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques (considérant 21, *JORF*, 13 janvier 1990, p. 573).

1474 Il n'y a pas dans le Code pénal français de définition expresse de l'amnistie, elle ne se définit que par ses effets. Remarquant cette lacune, les auteurs du rapport « Prescription, amnistie et grâce en France » notent que *« ce défaut d'implication du législateur quant à la définition n'est peut-être qu'une façon pour ce dernier de conserver toute marge de manœuvre au moment du vote d'une loi d'amnistie particulière. Il peut s'agir d'éviter d'enfermer la mesure dans un modèle trop rigide pour laisser opérer la clémence sous toute forme »*. Cf. Jean DANET, Sylvie GRÜNVALD, Martine HERZOG-EVANS et Yvon LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France*, op. cit., pp. 191-192.

1475 Rappelons que l'étymologie est éclairante puisque « amnestia » en latin, terme emprunté au grec ancien ἀμνηστία, signifie littéralement « oubli ».

1476 C'est pourquoi, l'amnistie est d'ordre public en droit français en ce sens que le délinquant ne peut y renoncer, sauf à former un recours en révision (Cass. crim., 10 juin 1931, *Recueil Sirey*, 1931, I, p. 142).

1477 Ces deux éléments sont à combiner comme deux idées concurrentes pour appuyer l'indulgence, même si l'oubli entraîne la négation de la mémoire là où le pardon est source de guérison de celle-ci. En ce sens, Jean DANET, Sylvie GRÜNVALD, Martine HERZOG-EVANS et Yvon LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France*, op. cit., pp. 212-213. *Contra* Paul RICOEUR, qui estime que l'amnistie est *« un contraire du pardon »* car pardonner consiste à *« briser la dette »* dont, justement, on se souvient. Cf. *Le Juste*, Ed. Esprit, 1995, p. 206.

1478 Louis JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », in *La mémoire et l'oubli – Communications* n° 49, 1989, p. 221 ; Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT, « La prescription en droit international : vers l'imprescriptibilité de certains crimes ? », in *La clémence saisie par le droit,* op. cit., p. 101 : *« La prescription, originellement, est en effet l'oubli, et non pas le pardon ; elle dépénalise, sans décriminaliser »*.

tout son sens de dissuasion. Encore une fois, le principe de nécessité, fondamental en France et en Allemagne, limite le champ de la répression.

Quant au droit de faire grâce, il est *« à la fois une prérogative régalienne chargée d'histoire et une mesure d'exécution des peines »*[1479]. Il permet au chef de l'Etat de dispenser d'exécution de peine une personne pourtant frappée d'une sanction irrévocable. C'est une constante du droit pénal depuis les plus anciennes sociétés, étroitement liée au droit de punir[1480]. Il s'agit d'un instrument d'individualisation de la peine[1481] qui permet de récompenser l'attitude du délinquant après sa condamnation, au cours de l'exécution de la sanction[1482], en tenant compte de facteurs qui lui sont strictement personnels.

358. Mais face aux crimes de guerre et contre l'humanité, la potentialité même d'une amnistie ou d'une grâce pose problème[1483]. Ces concepts heurtent de plein fouet les notions d' « impunité zéro » ou de « tolérance zéro » attachées à la volonté de punir tout crime violant les valeurs essentielles de la communauté internationale dans son ensemble. La

---

1479 Pierrette PONCELA, « Les grâces collectives à la recherche d'une identité », *R.S.C.*, 2005, p. 926.

1480 *« C'est l'éternel tandem répression et clémence. »* Cf. Marie-Hélène RENAUT, qui cite notamment la « Loi de Manon », doctrine théologico-philosophique reconnaissant comme attribut du pouvoir royal le droit de pardonner, ou encore les systèmes romain, athénien et hébreux. Cf. « Le droit de grâce doit-il disparaître ? », *R.S.C.*, 1996, p. 575 et suivantes. En France, cette institution a suivi les méandres de l'histoire politique. Sous l'Ancien Régime, le droit de grâce appartient au roi. La Révolution le supprime ; il est absent du Code pénal de 1791. Il est ensuite rétabli par un sénatus-consulte en date du 16 Termidor an X et ne disparaitra plus. Le recours aux grâces individuelles avait beaucoup de signification avant l'abolition de la peine de mort en 1981 puisqu'elle permettait au Président de la République de commuer la peine de mort en une peine de prison.

1481 Certains auteurs sont très critiques et estiment que *« les grâces contribuent, au même titre que d'autres mesures de réduction des peines, à ce que l'on appelle l'érosion des peines, c'est-à-dire à creuser un écart plus ou moins important entre la peine prononcée et la peine effectivement subie ».* Cf. Annie KENSEY et Aurélie OUSS, « Mesure des effets d'une nouvelle politique pénale : la suppression de la grâce collective », *Champ pénal*, 2011, **[en ligne]**. Disponible sur http://champpenal.revues.org/8030 (consulté le 27 juillet 2013).

1482 A l'inverse des circonstances atténuantes et du sursis qui ne prennent en considération que le comportement de l'individu antérieurement et concurremment à l'infraction. En cela, la grâce rejoint la libération conditionnelle.

1483 Sur cette idée, Sophie WAHNICH, à propos de l'amnistie : *« Cette institution qui a connu hier le faste des louanges, semble aujourd'hui irrémédiablement entachée d'illégitimité. Associer à une politique d'oubli actif, elle est accusée de voiler la vérité historique supposée aujourd'hui être seule salvatrice des sociétés qui ont connu des traumatismes politiques de grande ampleur».* Cf. « Les normes de la clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime – Une approche historienne », *Archives de politique criminelle* n° 28, 2006/1, p. 95.

problématique majeure s'articule autour de la question de *« l'impossible pardon de l'excès incalculable »*[1484] : *« ce serait pour répondre au diagnostic de pertes de repères symboliques que la clémence serait congédiée sur le plan juridique »*[1485].

Alors que la légitimité morale de telles mesures en présence de crimes internationaux par nature est remise en cause, comment la France et l'Allemagne règlent-elle la situation ? A cet égard, elles manifestent une certaine communauté de principes : le recours à l'amnistie et à la grâce n'est pas textuellement prohibé. C'est dans la pratique qu'il faut chercher des éventuelles divergences, en fonction de la mesure considérée.

A. ABSENCE DE PROHIBITION TEXTUELLE

359. Aucun texte international ne fait catégoriquement obstacle au recours à l'amnistie[1486] ou à la grâce. Bien au contraire, certaines dispositions sans y être explicitement favorables, semblent encourager leur utilisation. Il en est ainsi de l'article 6 §5 du Protocole Additionnel II aux Conventions de Genève[1487] applicable aux conflits armés non internationaux, qui dispose :

1484 C'est la raison pour laquelle l'Argentine a procédé à la levée des amnisties successives profitant aux responsables de la dictature militaire. Sur les interrogations que posent aujourd'hui l'amnistie, Mireille DELMAS-MARTY, « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », in Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, P.U.F., 2002, pp. 626-637.

1485 Sophie WAHNICH, « Les normes de la clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime – Une approche historienne », op. cit., pp. 96-97.

1486 S'il n'y a aucune prohibition absolue, une solution médiane a cependant été recherchée par les Nations-Unies, pour tenter de concilier les finalités de l'amnistie et l'indispensable lutte contre l'impunité des crimes les plus odieux. La sous-commission des droits de l'Homme propose en effet depuis 1997 que l'amnistie des infractions graves selon le droit international ne soit prononcée qu'après qu'il y ait eu un jugement et une peine exécutée. Ainsi, cette mesure n'est pas prohibée de manière indérogeable ; elle doit être maintenue dans certaines limites, y compris lorsqu'il s'agit de favoriser la réconciliation nationale. Cf. Louis JOINET, « Principes 18 et 25 combinés, Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'Homme par la lutte contre l'impunité, annexe II du rapport final de la sous-commission des droits de l'Homme », 2 octobre 1997, disponible **[en ligne]** sur http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.sub.2.1997.20.Rev.1.fr (consulté le 01 juillet 2013).

1487 En date du 23 décembre 1977, *Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949,* Genève, C.I.C.R., 1977, p. 91.

> « A la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues ».

De même, l'article 9 des Règles de Tokyo invite à user de la grâce, prônant le recours à des *« mesures de substitution concernant l'application des peines en vue d'éviter l'incarcération et d'aider le délinquant à se réinsérer rapidement dans la société (...) [mais aussi à] toute forme de libération d'un établissement pénitentiaire débouchant sur des mesures non privatives de liberté »*[1488]. C'est donc en conformité avec cette position du droit international que ni l'amnistie ni la grâce ne sont formellement interdites au bénéfice d'un auteur de crime de guerre ou de crime contre l'humanité dans les droits français et allemand.

1. Amnistie

360. Mesure protégée et régie par la Constitution française du 4 octobre 1958, l'amnistie doit être prévue par une loi (article 34), interprétée strictement du fait de son caractère d'exception. On oppose généralement trois formes d'amnistie : réelle – tenant à la nature des infractions ou à l'époque de leur commission –, personnelle – à raison de la qualité et des mérites des délinquants – et *au quantum* – lorsqu'elle est tributaire de la nature de la sanction décidée par l'autorité répressive. Aux termes d'une formulation large, l'article 133-9 du Code pénal français permet l'effacement les condamnations prononcées. Mais en réalité, cette mesure peut agir à plusieurs niveaux : sur l'action publique avant qu'une condamnation définitive ne soit intervenue, sur la qualification contenue dans une

---

1488 Règles minima des Nations-Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté, dites « Règles de Tokyo », adoptées par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 14 décembre 1990, Résolution 45/110, *Nations-Unies, Recueil des règles et normes de l'Organisation des Nations-Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale,* New-York, 2007, p. 121, notamment expliquées par Mathilde PHILIP-GAY, « La grâce en droit international », in *La clémence saisie par le droit,* op. cit., p. 81. L'auteur évoque également les articles 73 (relatif au droit de chacun au recours effectif) et 75 (sur la peine de mort) de la Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

décision juridictionnelle qui ne peut être modifiée[1489] ou sur la peine retenue par le juge à l'encontre du criminel. Elle touche également les voies de recours, totalement et immédiatement fermées si l'amnistie est réelle, sous réserve de la vérification judiciaire des qualités personnelles de l'individu dans l'hypothèse inverse. Faute de précision spéciale, l'amnistie peut par principe concerner toutes les infractions, quelles que soient leur gravité.

En Allemagne[1490], la Loi Fondamentale de 1949 ne garantit pas littéralement cette institution de clémence, il est simplement prévu que le *Bundestag* fixe les règles essentielles du droit pénal. Pour ce faire, il dispose d'un fort pouvoir d'appréciation qui lui permet d'adopter des lois dites « d'impunité ». Mesures collectives, elles bénéficient aux auteurs de certaines infractions commises avant une date donnée. Par conséquent, il n'existe à l'inverse de la France qu'une seule forme d'amnistie, réelle. D'ailleurs, la Cour fédérale rappelle que le texte doit être formulé en des termes généraux et ne peut pas viser des personnes facilement individualisables[1491]. En revanche, le champ d'application matériel n'est pas constitutionnellement limité. Il est de la compétence de chaque loi de le définir et d'exclure, le cas échéant, une ou plusieurs infractions particulières, comme par exemple les crimes de sang.

361. L'entrée en vigueur du Statut de Rome n'a pas changé la donne normative. Son article 17 semble ancrer dans une ligne défavorable à l'amnistie puisque, par la complémentarité qu'il impose, il permet à la Cour de se déclarer compétente en cas de défaillance des Etats. Mais à bien y regarder, rien n'est explicitement prévu s'agissant de

---

1489 On parle du phénomène de *« cristallisation »* : le pardon législatif interdit qu'un fait amnistié soit poursuivi sous une autre qualification que celle qui lui a été donnée antérieurement. Toutefois, cela ne vaut que pour les qualifications données dans une décision juridictionnelle et non dans un acte de poursuites tel que la citation directe. Pour de plus amples précisions, Bruno PY, « Amnistie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, octobre 2003, pp. 22-23 ; R. MEURISSE, « La cristallisation des qualifications et des peines et la loi d'amnistie », *R.S.C.*, 1950, p. 667.

1490 Sur ce point, Thierry RAMBAUD, « L'amnistie », in *La clémence saisie par le droit,* op. cit., p. 235.

1491 Sur la question de la délimitation du champ d'action de l'amnistie, BVerfG, 15 décembre 1959, *BVerfGE*, 10, p. 234.

l'amnistie[1492], pourtant manifestement incompatible avec l'obligation de punir contenue dans le préambule de la convention. Pour Gabriele Della Morte[1493], il n'y a aucune interférence entre l'amnistie, extrajudiciaire, et l'article 17.

362. Partant, en l'absence de contrainte effective, l'ordonnancement allemand n'a pas évolué sur la question. Cet immobilisme ne manque pas de surprendre certains auteurs qui constatent un paradoxe entre l'imprescriptibilité de tous les crimes relevant du *Völkerstrafgesetzbuch* et le maintien de la faculté de les amnistier alors que les conséquences de la mesure seraient plus étendues que celle de la prescription[1494].

La France, quant à elle, a dû procéder à une révision constitutionnelle pour ratifier le Statut de Rome, certaines dispositions étant jugées contraires avec la Constitution en l'état[1495]. Dans ce cadre, la question de l'amnistie a été soulevée par les sages :

> « 34. Considérant, en revanche, qu'il résulte du statut que la Cour pénale internationale pourrait être valablement saisie du seul fait de l'application d'une loi d'amnistie (…) ; qu'en pareil cas, la France, en dehors de tout manque de volonté ou d'indisponibilité de l'Etat, pourrait être conduite à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie (…) ; qu'il serait, dans ces conditions, porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

C'est pourquoi, par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999[1496], a été inséré un nouvel article 53-2 dans la norme fondamentale, prévoyant que la République peut reconnaître la juridiction de la CPI dans les conditions prévues par le traité du 18 juillet 1998. Reste que

---

1492 De même, les Statuts des TPI *ad hoc* ne visent pas l'amnistie en tant que telle. Les articles 10 du Statut TPIY et 9 du Statut TPIR semblent rendre l'amnistie inopposable à ces juridictions en se référant à la *« procédure engagée devant les juges nationaux visant à soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale internationale »* ou aux *« poursuites n'ayant pas été exercées avec diligence »*, mais sans pour autant le formuler clairement.

1493 Gabriele DELLA MORTE, *«* Les amnisties en droit international », in *La clémence saisie par le droit,* op. cit., pp. 64-65.

1494 Pour un exemple, Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés,* Bruxelles, Bruylant, 2ème éd., Coll. Précis de la faculté de Droit de Bruxelles, 1999, p. 769.

1495 Cons. const., 22 janvier 1999 n° 98-408 DC, décision précitée.

1496 Loi constitutionnelle n° 99-568 insérant au titre VI de la Constitution un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale, *JORF*, 9 juillet 1999, p. 10175.

depuis, les parlementaires français appelés à réfléchir sur l'interdiction de l'amnistie des crimes de masse, notamment des crimes contre l'humanité[1497], n'y ont pas donné de suite favorable. En 2013, une question écrite adressée au Ministère de la Justice a relancé le débat, en sollicitant que les crimes de guerre soient déclarés tant imprescriptibles qu'inamnistiables, à laquelle il a été répondu fermement par la négative[1498]. On peut y voir en filigrane une nouvelle manifestation de la réticence française à l'égard du droit de la CPI lorsqu'il n'est pas clairement contraignant pour les Etats signataires, réticence déjà constatée vis-à-vis de la compétence universelle.

2. Grâce

363. Si elle ne manque pas de soulever la critique[1499], la grâce n'en est pas moins garantie en droit français par l'article 17 de la Constitution, qui en réserve le monopole au Président de la République[1500]. Le droit de grâce est à la discrétion du chef de l'Etat qui prend seul la décision, insusceptible de recours devant les juridictions administratives ou contentieuses. En vertu de l'article 133-7 du nouveau Code pénal, cette mesure n'emporte pas effacement[1501] mais seulement dispense totale ou partielle, conditionnée ou non, d'exécuter la peine prononcée, sans atteindre la possibilité d'une réparation de la victime pour le préjudice qu'elle a subi (article 133-8). Elle ne peut s'appliquer qu'à une

---

1497 A cet effet, deux propositions de loi n° 2500 et n° 382 visant à rendre inamnistiables les crimes contre l'humanité, enregistrées par la Présidence de l'Assemblée Nationale respectivement les 13 juillet 2005 et 7 novembre 2007, sont restées « lettre morte ». Ces textes prévoyaient l'ajout d'un alinéa second à l'article 213-5 CP relatif à l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des génocides : *« Ces crimes sont inamnistiables ».*

1498 Réponse du Ministère de la Justice à la question n° 01693, *JORF,* Déb. Sénat Q., 7 mars 2013, p. 810.

1499 Déjà, BECCARIA doutait de sa légitimité, pensant que *« quand les peines seront devenues moins affreuses, la clémence et le pardon seront moins nécessaires »*. Cf. *Des délits et des peines*, op. cit., p. 105. Plus récemment, les constitutionnalistes ont mis en avant l'inadéquation de cette mesure avec le principe fondamental de séparation des pouvoirs. De plus, la grâce serait contraire au principe d'égalité de tous les citoyens devant la justice. Sur ces points, Marie-Hélène RENAUT, « Le droit de grâce doit-il disparaître ? », op. cit., p. 604.

1500 Bien que l'histoire nous ait donné des exemples de délégation de cette prérogative ; ainsi, le Maréchal Pétain l'avait confiée à Pierre Laval. Voir Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel – Procédure pénale,* op. cit., p. 1285.

1501 On écarte ici l'hypothèse de la grâce amnistiante, spécificité française qui combine les régimes de la grâce et de l'amnistie et permet que la condamnation soit purement et simplement effacée.

condamnation définitive et exécutoire, c'est-à-dire après épuisement des voies de recours. Jusqu'en 2008, les grâces pouvaient être accordées soit individuellement sur demande[1502], soit collectivement à l'occasion d'un événement important ou d'une fête nationale[1503]. Désormais, la grâce collective est interdite[1504]. En revanche, les textes internes ne fixent pas de limite s'agissant du champ d'application matériel. Si cette faculté de pardonner tous les crimes, y compris internationaux par nature, peut surprendre et même choquer au regard des valeurs violées et de l'ampleur des dommages subis[1505], le législateur n'a pas cru bon de revenir sur ce système.

364. A l'inverse du régime de l'amnistie, le droit constitutionnel allemand[1506] aborde la grâce et consacre une distinction organique selon qu'elle soit présidentielle[1507] ou ordonnée par les *Länder*, puisque l'exécution des peines relève de leur compétence. Cette mesure, strictement individuelle, laisse inchangée la condamnation mais annule la peine, la commue en sanction plus légère ou la réduit. Il s'agit, comme en France, d'une pratique relevant du pouvoir exécutif : au niveau fédéral, le Président doit faire contresigner sa décision par le ministre de la justice ; au niveau des *Länder*, tout dépend des prescriptions

---

1502 En pratique, c'est surtout lorsque la mise en œuvre des textes pénaux trouve ses limites, notamment s'agissant de la libération conditionnelle, qu'une telle pratique est requise. Il en est de même lorsque l'individu a été condamné *in absentia* car on soupçonne une erreur judiciaire sera plus rapidement réparée par une grâce que par une procédure de révision.

1503 Chaque décret d'application déterminait les conditions et le champ d'application de la grâce collective, pouvant exclure certaines catégories d'infractions, par exemple les infractions à la législation sur les stupéfiants.

1504 Loi constitutionnelle n° 2008-724 de modernisation des institutions de la V^{ème} République, 23 juillet 2008, *JORF*, 24 juillet 2008, p. 11890.

1505 Souvenons-nous d'ailleurs du tollé conséquence de la grâce accordée par Georges Pompidou à Paul Touvier le 23 novembre 1971, alors qu'il avait été condamné à mort par contumace en 1946 et 1947 pour son appartenance à la milice vichyste (supra §164).

1506 Pour des éléments sur la question de la grâce en droit constitutionnel allemand, Jean-Christophe LE COUSTUMER, « La grâce », in *La clémence saisie par le droit,* op. cit., p. 243 et suivantes. Voir également « L'amnistie et la grâce », Etude de législation comparée n° LC 177, Sénat, octobre 2007, pp. 12-13.

1507 C'est le cas pour les affaires jugées en première instance par la juridiction fédérale comme les atteintes graves à la sûreté de l'Etat de type espionnage, terrorisme, ou le contentieux disciplinaire contre certains fonctionnaires (article 60 §2 de la Loi Fondamentale allemande).

constitutionnelles qui mandatent tantôt le gouvernement[1508], tantôt son chef, bien qu'en règle générale, l'exercice du droit de grâce soit délégué au ministre de la Justice. Elle ne peut être accordée qu'une fois que tous les recours judiciaires ont été épuisés.

365. Aucune évolution n'est notable avec l'institution de la CPI. Le Statut ne contient pas d'interdiction expresse de la grâce, d'autant qu'elle ne s'oppose pas à l'obligation de poursuivre les auteurs d'infractions les plus graves puisque la clémence n'intervient qu'une fois la condamnation prononcée. Nonobstant, une difficulté singulière intervient lorsqu'on s'intéresse à la faculté pour les autorités nationales de grâcier un individu condamné par la Cour. En effet, l'article 126 dispose :

> « L'exécution d'une peine d'emprisonnement est soumise au contrôle de la Cour ».

Seule cette dernière peut examiner une demande de grâce ou de réduction de peine, à l'exclusion des autorités exécutives nationales[1509].

366. Une nouvelle fois, le droit allemand n'a pas pris la peine de relever cette problématique. S'agissant des juges français – Conseil d'Etat[1510] et Conseil

---

1508 Pour Berlin, Brême, Hambourg et en Sarre.

1509 Le même raisonnement peut être tenu pour les TPI *ad hoc*. Dans son article 28, le Statut du TPIY, prévoit que : *« Si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'Etat dans lequel il est emprisonné, cet Etat en avise le Tribunal. Le Président du Tribunal, en consultation avec les juges, tranche selon les intérêts de la justice et les principes généraux du droit »*. De manière similaire, l'article 27 du Statut du TPIR stipule que : *« Si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'Etat dans lequel il est emprisonné, cet Etat en avise le Tribunal international pour le Rwanda. Une grâce ou une commutation de peine n'est accordée que si le Président du Tribunal pour le Rwanda, en consultation avec les juges, en décide ainsi dans l'intérêt de la justice et sur la base des principes généraux du droit »*.

1510 CE, section de l'Intérieur, 29 février 1996, n° 358597, avis sur la conformité à la Constitution du Projet de Statut de la Cour criminelle internationale permanente, **[en ligne]**. Disponible sur le site du Conseil d'Etat http://www.conseil-etat.fr/media/document//avis/358597.pdf : *« 6°) L'article 60 [du projet de] Statut est de nature à restreindre le droit de grâce du Président de la République reconnu sans restriction possible par l'article 17 de la Constitution. [Il] dispose en effet que le droit de grâce appartient à la Cour, sauf si celle-ci a déclaré que la peine devra être subie conformément aux lois régissant le droit de grâce dans l'Etat responsable de l'exécution de la peine. Ce n'est donc que dans les cas où la Cour a effectué cette déclaration que le Gouvernement français pourrait faire valoir, conformément à l'article 59-1 du Statut, qu'il est disposé à recevoir des condamnés »*.

constitutionnel[1511] –, ils se sont saisis de la question au moment des débats sur l'institution de la CPI. Ils ont estimé cet élément conforme à la Constitution dès lors que l'article 103 §1 du Statut prévoit :

> « a) Les peines d'emprisonnement sont accomplies dans un État désigné par la Cour sur la liste des États qui lui ont fait savoir qu'ils étaient disposés à recevoir des condamnés.
>
> b) Lorsqu'il déclare qu'il est disposé à recevoir des condamnés, un État peut assortir son acceptation de conditions qui doivent être agréées par la Cour et être conformes aux dispositions du présent chapitre. »

Par cette disposition, est ménagée la possibilité pour la France, encline à accueillir dans ses établissements pénitentiaires des condamnés, de subordonner son accord à des conditions, portant notamment sur l'application de la législation nationale relative à l'exécution des peines privatives de liberté et au droit de grâce[1512]. Par conséquent, la ratification du Traité ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et ne se trouve pas en contradiction avec l'article 17 de la Constitution.

367. On le voit, l'analyse des textes est sans ambigüité : l'amnistie et la grâce sont susceptibles de profiter aux auteurs d'infractions internationales par nature, en l'absence de tout engagement international clairement contraignant pour les Etats. Mais ce mutisme sur la faculté de pardonner est contrebalancé par une attitude plus circonspecte des autorités exécutives. La pratique montre une tendance à la raréfaction du recours à ces mesures, dont l'impact symbolique et politique doit être pris en considération dans le contexte des crimes de masse.

B. APPLICATION PRATIQUE LIMITEE

368. Les « aigreurs » qui ont secoué la société française à la suite de la grâce de Paul Touvier semblent avoir trouvé un écho positif puisqu'aujourd'hui l'exécutif n'applique

---

1511 Cons. const., 22 janvier 1999 n° 98-408 DC, précitée.

1512 Ibidem, considérant 40.

plus cette mesure à certaines infractions graves, parmi lesquelles les atteintes à caractère raciste[1513]. Paradoxalement, on peut observer de la part de l'Etat français une posture moins hostile à l'amnistie, même si la progression de la jurisprudence de la Chambre criminelle à ce sujet doit être relevée.

A la fin des années 1980, à l'occasion des affaires Lakhdar-Toumi et Yacoub[1514], elle a déclaré explicitement que « *les dispositions (des lois d'amnistie des 17 juin 1966 et 31 juillet 1968[1515]) sont générales et absolues ; que l'amnistie s'étend à toutes les infractions* », y compris les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. La nature spécifique de ces infractions – en l'espèce assimilables à des crimes contre l'humanité – n'a donc pas été prise en considération.

Cet argumentaire n'est plus utilisé à ce jour mais la Cour n'a pas tranché de façon claire et définitive la question. Dans trois arrêts d'avril 1993[1516], mai 2000[1517] et juin 2003[1518], elle s'est bornée à exclure la qualification de crimes contre l'humanité pour les exactions commises au Vietnam et en Algérie dont elle était saisie[1519]. A partir de là, parce qu'elles relèvent du droit pénal commun, ces infractions sont amnistiables. Analysant le raisonnement, certains auteurs en ont relevé l'ambivalence, en ce qu'il peut être interprété

1513 Il en est de même en cas de condamnation pour actes de terrorisme, trafic de stupéfiants, crimes et délits contre un mineur de 15 ans, violences contre les forces de l'ordre, pour certains délits financiers et certaines infractions à la législation routière.

1514 Deux arrêts inédits du 29 novembre 1988 (cités supra §220 et §229), notamment commentés par Pierrette PONCELA, « L'humanité, une victime peu présentable (à propos de deux arrêts inédits de la Chambre criminelle) », *Dalloz*, 1991, p. 229.

1515 Loi n° 66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'Etat ou commises en relation avec les événements d'Algérie (*JORF*, 18 juin 1966, p. 4915) et n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie (*JORF*, 2 août 1968, p. 7521) déjà évoquées supra notes n° 693 et 1017.

1516 Cass. crim., 1er avril 1993, n° 92-82.273, évoqué supra §230 et note n° 1458.

1517 Cass. crim., 30 mai 2000, n° 99-84.024, précité. Voir sur le sujet, Jean-François ROULOT, « Un Etat peut-il amnistier des actes constitutifs de crimes internationaux ? », *J.C.P. éd. G,* 2001, II, 10559.

1518 Cass. crim., 17 juin 2003, n° 02-80.719, *Bull. crim*., n° 122, p. 465 ; *Dalloz*, 2003, Jurisprudence, p. 1879.

1519 Les juges ont rappelé que les faits visés dans ces affaires n'entraient pas dans les prescriptions nationales et conventionnelles qui ne concernaient que la Seconde Guerre mondiale. En l'absence de norme applicable, et puisque la coutume internationale ne peut suppléer cette lacune (arrêt 2003), seules les incriminations de droit commun trouvent à s'appliquer.

comme réaffirmant, tacitement, l'efficacité de l'amnistie quel que soit le crime en cause[1520]. D'autres y ont vu la consécration, par une interprétation « en creux », de l'impossibilité d'amnistier un crime contre l'humanité[1521]. Mais même à retenir cette dernière acception, l'impunité demeure *a contrario* envisageable pour les infractions de guerre, ce qui laisse dubitatif.

369. Outre-Rhin, l'attitude adoptée paraît davantage constante et cohérente. En effet, le recours aux deux institutions de clémence semble désormais totalement exclu aussi bien pour les crimes de guerre que pour les crimes contre l'humanité et les génocides. Les dernières lois d'amnistie, au demeurant antérieures à la réunification de l'Allemagne en 1990, étaient de faible importance et ne concernaient aucunement ce type de comportements[1522]. Dans la même perspective, la grâce est utilisée avec une grande parcimonie, uniquement pour des actes de moindre gravité, ce qui exclut *de facto* toutes les infractions internationales par nature.

370. En définitive, en matière de « droit ou non-droit à l'oubli » et si on écarte la question polémique de l'imprescriptibilité des crimes de guerre, les deux ordonnancements juridiques sont, sinon identiques, à tout le moins relativement proches. L'un comme l'autre consacre l'imprescriptibilité du génocide et des crimes contre l'humanité. L'un comme l'autre n'interdit pas officiellement l'emploi de l'amnistie et de la grâce en présence de violations graves du droit international ; c'est à la pratique qu'incombe le choix de la politique criminelle à mener en ce domaine. A cet égard, on constate une tendance actuelle

---

1520 Pour un exemple, Daniel JULIE, « Guerre d'Algérie : pas de crimes contre l'humanité », *Dalloz*, 2004, p. 92.

1521 Marie-Hélène GOZZI, « Refus d'informer pour les crimes contre l'humanité commis en Algérie entre 1955 et 1957 », *Dalloz*, 2004, p. 312.

1522 Après les amnisties déjà envisagées relatives aux faits de la Seconde Guerre mondiale (§§82-85), deux lois d'amnistie en 1968 et 1970 sont intervenues dans le cadre de réformes du droit pénal en matière d'infractions contre la paix publique et l'Etat, et en matière de droit des manifestations. En 1988, la dernière loi d'amnistie a accompagné une réforme fiscale. « L'amnistie et la grâce », Etude de législation comparée, op. cit., pp. 11-12.

partagée à éviter l'utilisation de ces mesures controversées lorsque sont concernés les auteurs d'atteintes considérées unanimement comme les plus graves.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

371. Le décalage tangible entre les systèmes allemand et français est moins ostensible en matière procédurale. Sur les deux grandes questions toujours d'actualité en droit pénal international – universalité du droit de punir et droit à l'oubli –, des rapprochements normatifs et pratiques sont notables. Il semble donc que la Seconde Guerre mondiale constitue ici un point de référence et surtout de convergence, dont les leçons sont progressivement tirées. Et si des dissimilitudes importantes persistent, elles tiennent à des considérations postérieures à cet épisode tragique de l'Histoire.

Alors que le droit germanique intègre sans grande difficulté les prescriptions supranationales – qu'il s'agisse de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Statut de Rome –, la France paraît une nouvelle fois se maintenir en retrait. Les raisons d'une telle attitude trouvent leur origine dans la volonté de ménager les susceptibilités politiques, principalement diplomatiques et militaires. Les engagements pris, notamment par la ratification du Traité CPI, s'effacent – à notre sens indûment – devant les pressions des groupes internes. Cette utilisation quelque peu dévoyée du droit pénal, particulièrement critiquée par la doctrine, est bien moins visible en Allemagne puisqu'elle ne dispose pas de forces armées en mission de combat à l'extérieur[1523]. Aucune crainte ne justifie donc de refuser l'imprescriptibilité de toutes les infractions consacrées dans le

1523 Sauf forces engagées dans les opérations de maintien de la paix sous mandat de l'O.N.U., de l'O.T.A.N. ou encore de l'Union européenne, dites « O.P.E.X. » (opérations avec projection sur des territoires extérieures). Voir à ce sujet, Michel DANTI-JUAN et Michel MASSE, « Une pénalisation spécifique des activités militaires en O.P.E.X. : psychose collective ou réalité juridique », in Marie-Béatrice GRANET (sous la dir.), *L'environnement juridique des forces terrestres dans les opérations extérieures – Cahiers de recherche et d'enseignements doctrinaux* n° 1, 2004, p. 148 et suivantes.

Völkerstrafgesetzbuch. Contrairement à son homologue français, le *Bundestag* n'a pas non plus à s'interroger trop avant sur les questions éminemment sensibles d'amnistie ou de grâce. Seule la compétence universelle doit être selon lui limitée par l'opportunité des poursuites, dans le but d'éviter tout différend avec d'autres Etats.

CONCLUSION DU TITRE I

> « The German Code of Crimes against International Law (Völkerstrafgesetzbuch), as proposed by the working group (…) became reality. It was not bogged down in political disputes not related to the legal issues (…). At the same time, the German Code of Crimes against International Law demonstrates the willingness of Germany to uphold the integrity of the First Additional Protocol to the four Geneva Conventions of 1949, and in particular its grave breaches provisions, as constituting an important milestone in the development of international humanitarian law. »[1524]

372. A l'heure du bilan, on constate une tendance générale à la stabilisation des législations, qui concourt à une pénalisation accrue des crimes de guerre et contre l'humanité. L'introduction d'incriminations spécifiques en est une première preuve, le développement de la compétence universelle, même conditionnée, également. Pour autant, on ne peut nier l'existence d'un fossé entre les deux droits de notre étude, qui n'assurent pas une répression équivalente de ces infractions et dont on ne peut qu'espérer la résorption rapide. Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'attitude des Etats au cours des périodes précédentes…

L'Allemagne fédérale affiche la volonté d'instaurer un système de répression « sans faille », à tout le moins dans l'esprit de son législateur, quitte à dépasser les obligations internationales qui lui incombent. La méthode adoptée consiste à harmoniser le droit interne avec les dispositions conventionnelles et les règles coutumières, pour obtenir un

---

1524 *« Le Code de droit pénal international allemand (Völkerstrafgesetzbuch), ainsi proposé par le groupe de travail s'est concrétisé. Il n'a pas été englué dans des conflits politiques sans rapport avec les questions juridiques (…). Le Code de droit pénal international allemand démontre l'empressement de l'Allemagne à soutenir le respect du Premier Protocole Additionnel aux quatre Conventions de Genève de 1949, et en particulier ses violations graves, ce qui constitue un important jalon dans le développement du droit international humanitaire. »* (Traduction proposée). Cf. Andreas ZIMMERMANN, « Main Features of the new German Code of Crimes against International Law », in Matthias NEUNER (sous la dir.), *National Legislation Incorporating International Crimes – Approaches of Civil and Common Law Countries*, Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2003, p. 155.

corpus normatif rigoureux. La création d'un code spécifique, qui se divise en dispositions générales, d'une part, et définition des infractions, de l'autre, permet l'égal traitement de tous les crimes en question.

En revanche, le doute est permis quant à la viabilité et au bien-fondé de la stratégie – apparente sinon assumée – du Parlement français, qui continue à intervenir ponctuellement et parfois artificiellement. Cette conduite démontre l'absence d'un véritable projet d'ensemble suffisamment réfléchi pour être exempt de reproches. Un manque cruel de cohérence se fait sentir. Tout d'abord, la hiérarchie érigée entre les différentes infractions internationales par nature est surprenante. Au-delà de la critique classique quant à l'agencement formel des textes (Livre II contra Livre IV bis, distinction crimes et délits de guerre), on regrette le déséquilibre induit du point de vue de l'échelle des valeurs : d'un côté, un livre à part entière est consacré à la criminalité de guerre, de l'autre, un titre seulement l'est pour les crimes contre l'humanité, partagé de surcroît avec les crimes contre l'espèce humaine[1525]. Ensuite, l'organisation des textes de procédure, lorsqu'elle est exorbitante du droit commun, n'est pas lisible. On trouve dans le Code pénal les règles relatives à la prescription de l'action publique et de la peine mais tout ce qui a trait à la compétence universelle doit être recherché dans le Code de procédure pénale. Prenant exemple sur l'effort de rationalisation déployé dans le *Völkerstrafgesetzbuch*, il serait judicieux que le législateur procède à la réunion, dans un seul et même ensemble, de toutes les dispositions sur le régime dérogatoire des infractions internationales par nature. Dès lors, un rééquilibrage s'impose dans les plus brefs délais, sous forme de refonte du système et dans le sens d'une plus grande uniformisation des normes applicables sans distinction quant à la nature de l'atteinte commise[1526].

1525 Cette contradiction est notamment soulevée par Bernadette AUBERT, « Les infractions portant atteinte aux valeurs essentielles pour l'Humanité : une construction législative non aboutie », in *Droit répressif au pluriel : interne, international, européen, des droits de l'homme. Liber Amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Nemesis/Anthemis, Coll. Droit et Justice n° 110, 2014, p. 30.

1526 Le même auteur propose de regrouper dans un livre spécifique, placé juste après le Livre I du Code pénal et intitulé « Des crimes et délits portant atteinte à des valeurs essentielles pour l'humanité », les crimes/délits de guerre et crimes contre l'humanité, d'une part, les pratiques eugéniques et le clonage reproductif (qualifications criminelle et délictuelle), de l'autre. Cette nouvelle combinaison permettrait *« de mettre en exergue l'aspect à la fois collectif et individuel de ces infractions graves qui sont, la plupart du temps, des atteintes criminelles à ce que Mireille Delmas-Marty appelle « l'irréductible humain », parfois des délits (…), mais commis dans un contexte ou au regard d'une situation tout à fait spécifique ».* Ibidem, p. 32.

373. A de nombreuses reprises, nous avons identifié les causes d'un tel positionnement : le droit pénal des crimes de guerre et contre l'humanité en France, mais aussi dans une moindre mesure en Allemagne, est grandement tributaire de données extra-juridiques. La logique politique « taquine » bien souvent la logique juridique et la loi répressive s'en trouve instrumentalisée. Ce constat, maintes fois dressé par la doctrine au sujet d'infractions de droit commun, est d'autant plus frappant en la matière puisque sont touchés de front la sphère diplomatique et le monde militaire. En outre, le traumatisme de la Seconde Guerre mondiale, le refoulement à la Libération, le besoin toujours plus insistant de reconnaissance judiciaire des groupes de victimes, la pression médiatique et électorale renforcent cette image d'un droit détourné de son objectif.

Loin de disparaître, cette interaction, cette interdépendance du politique et du juridique atteint son paroxysme au moment d'approfondir les relations entre le droit et la mémoire sous l'angle de la place qu'occupe l'objet « mémoire » dans les politiques criminelles.

TITRE II.

LA CONSTRUCTION D'UN DROIT MÉMORIEL

« La représentation de la mémoire dans un espace juridique dépend, en définitive, de la nature de cet espace comme des règles qui le régissent. »[1527]

374. Comme l'explique René Rémond, *« toute société a besoin de sacré. La nôtre le trouvait dans la référence à une foi partagée ou à des valeurs communes. Or, on a aujourd'hui l'impression, à tort ou à raison, que ce ciment de notre communauté a disparu. C'est donc une réaction presque mécanique qui conduit à combler ce vide »*[1528]. On cherche un fondement commun qui puisse servir de pierre angulaire, d'ancrage à la construction et à la pérennisation de notre société. La mémoire, dans son acception de conscience collective, devient un enjeu capital : *« l'attachement aux souvenirs et aux vestiges du passé est (...) d'autant plus fort que l'histoire s'accélère. (...) Les mutations profondes et rapides des modes d'existence sont une cause de trouble et l'on est tenté de se raccrocher au passé avec la crainte de perdre quelque chose de précieux »*[1529].

Il est vrai que la Seconde Guerre mondiale a constitué le point de départ de grands bouleversements. Le traumatisme causé et la prise de conscience qui s'en est suivie ont modifié les systèmes de valeurs. Le changement est devenu un mot d'ordre de toutes les forces politiques ; les rapports ville/campagne ont évolué ; le progrès des technologies et la mondialisation ont joué un rôle déterminant, laissant planer la crainte que nous perdions ce que nous avons d'inestimable : notre identité. Le retour vers le passé et la recherche des *« lieux de mémoire »*[1530], selon l'expression consacrée de Pierre Nora, apparaissent alors comme des moyens d'éviter toute « dissolution » dans l'entité mondiale : *« l'impératif du changement produit le besoin de réactiver l'instance mémorielle »*[1531].

1527 Cédric MILHAT, « La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français », *Revue Juridique Thémis*, 2009, vol. 43, n° 1, p. 78.

1528 René REMOND, *Quant l'Etat se mêle de l'Histoire – Entretiens avec François Azouvi*, Stock, Coll. Les essais, 2006, p. 97.

1529 Ibidem.

1530 Sur la notion de *« lieux de mémoire »* telle que définie par Pierre NORA, supra note n° 233.

1531 René REMOND, *Quant l'Etat se mêle de l'Histoire – Entretiens avec François Azouvi*, op. cit., p. 99.

375. Dimension humaine et politique par excellence, la mémoire devient donc un élément du patrimoine populaire. Mais l'une de ses spécificités, c'est d'être par essence partielle puisque attachée à la personne ou au groupe qui a vécu les événements remémorés et commémorés[1532]. Comment alors faire de cette mémoire particulière celle d'une communauté nationale, voire, pour les actes les plus graves, de l'Humanité ?

La réponse est à trouver dans le concept contemporain de « devoir de mémoire ». La formule elle-même, à l'impératif, est à la fois fort éclairante et très déconcertante. En effet, *« la mémoire est une fonction naturelle ; l'ériger en impératif, en faire un devoir moral fait de l'oubli une faute »*[1533]. Le paradoxe est grand. Par le passé, la société s'est pourtant bien accommodée de l'oubli, jusqu'à en faire parfois une obligation. D'ailleurs, l'amnistie et la grâce demeurent, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, juridiquement envisageables pour les crimes de masse. Ainsi, nos sociétés oscillent avec ambigüité entre oubli et mémoire.

Ce qui est demandé, c'est que l'oubli par le droit soit contrebalancé par un devoir de mémoire des souffrances passées, équivalent. Pour ce faire, ce devoir doit être traduit dans la législation y compris répressive, d'où l'avènement d'un véritable droit mémoriel pénal. L'idée est de consacrer une politique de la mémoire par le biais de l'instrument normatif ; il ne s'agit pas d'appliquer le droit criminel existant (diffamation, injure) à l'objet mémoriel mais bien de créer, pour lui, un droit spécifique. En ce sens, la discipline pénale devient un moyen parmi d'autres plus classiques (cérémonies officielles, musées, fêtes nationales, etc.) pour sauvegarder la mémoire.

376. Dans cette logique, de nouveaux délits sont apparus et se sont développés au cours de la période contemporaine, qui sanctionnent, de façon plus ou moins cohérente, l'atteinte à la mémoire de certains crimes (Chapitre 1). Si ce phénomène de « récupération » de la mémoire s'explique, il n'est pas certain qu'il se justifie. La légitimité du recours à la norme répressive dans ce domaine est clairement remise en question. Au demeurant, on peut

---

1532 A propos de la mémoire et sa construction, Introduction générale §§8-10.

1533 René REMOND, *Quant l'Etat se mêle de l'Histoire – Entretiens avec François Azouvi*, Stock, op. cit., p. 102.

douter du fait que la mémoire constitue, en elle-même, un véritable « bien juridique » digne de protection par le droit criminel, à l'instar de valeurs essentielles telles que la vie humaine, la propriété ou la sûreté de l'Etat (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

APPARITION DE NOUVEAUX DÉLITS

« La négation est la frontière au-delà de laquelle le passage à l'acte est de nouveau possible. »[1534]

377. L'examen des droits pénaux en vigueur en France et en Allemagne montre la présence de délits singuliers parce qu'incriminant la contestation de l'existence et de l'ampleur de certains crimes internationaux par nature. Si ces infractions sont d'élaboration récente – elles datent du début des années 1990 –, elles traduisent la volonté d'un véritable traitement juridique de l'atteinte à la mémoire de ces crimes, dont la définition peut être large. Par exemple, certains y rattachent l'apologie, c'est-à-dire l'éloge d'un crime, d'une organisation criminelle ou de l'un de ses membres[1535]. Surtout, appliquée aux crimes de guerre et contre l'humanité et, en pratique, à la mémoire des victimes de ces exactions, cette formule renvoie à la négation de faits historiques.

Nier, c'est *« contester, démentir, affirmer avec force l'inexistence de quelque chose, le rejeter comme faux »*[1536]. En d'autres termes, cela consiste à réfuter tout ou partie des crimes commis par le passé, leurs modes d'exécution, leur étendue voire leur commission elle-même. Par extension, nier c'est aussi *« ne pas se reconnaître l'auteur d'un crime, d'une faute »*[1537]. En conséquence, la négation s'oppose à l'amendement des criminels et fait courir un risque considéré comme majeur à l'heure actuelle : en refusant de se

---

1534 Alain BIRH, Guido CALDIRON, Emmanuel CHAVANEAU et al., *Négationnistes : les chiffonniers de l'histoire*, coédité par Golias et Syllepse, 1997, p. 11.

1535 Sur cette notion, supra §54. C'est en ce sens qu'en France, un prévenu a été poursuivi, jugé et condamné par les juges du fond pour apologie de crime contre l'humanité, pour avoir tenu en février 2009 lors d'une émission télévisée les propos suivants : *« Les historiens exagèrent un petit peu les problèmes. Ils parlent des mauvais côtés de l'esclavage, mais il y a les bons côtés aussi. C'est là où je ne suis pas d'accord avec eux. Il y a des colons qui étaient très humains avec leurs esclaves (...) qui leur donnaient la possibilité d'avoir un métier ».* Sur pourvoi de l'auteur des propos, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire, en relevant d'office le moyen selon lequel : *« si la loi du 21 mai 2001 tend à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, une telle disposition législative, ayant pour seul objet de reconnaître une infraction de cette nature, ne saurait être revêtue de la portée normative attachée à la loi et caractériser l'un des éléments constitutifs du délit d'apologie »* (Cass. crim., 5 février 2013, n° 11-85.909, *Bull. crim.*, n° 38 ; *Dalloz*, 2013, Jurisprudence p. 805, note EGEA ; *A.J. Pénal*, 2013, p. 218, obs. DECIMA ; *R.S.C.*, 2013, p. 79, note MAYAUD et p. 99, note FRANCILLON). Si les hauts juges ont refusé de consacrer la vision qui met en parallèle la mémoire telle que protégée dans la loi de 2001 et l'apologie, les juges du fond, eux, sont indéniablement entrés dans cette voie.

1536 *Dictionnaire Larousse*, « Nier ».

1537 Ibidem.

souvenir, on ouvre une brèche à la répétition d'actes gravement infractionnels. Les propos de négation sont donc jugés nuisibles pour la société. C'est pourquoi, tentant d'endiguer ce danger, les législations contemporaines se sont progressivement orientées vers l'encadrement et la répression de ce phénomène nouveau.

378. L'observateur remarquera immédiatement que le Parlement français a opté pour un mécanisme protéiforme là où le *Bundestag*, plus prudent, n'a eu recours qu'une seule fois à l'instrument législatif. Pourtant, dans le détail, les systèmes sont plus proches qu'il n'y paraît et le mouvement de pénalisation de ce type de comportements reste en France comme en Allemagne incertain. Pour le comprendre, il convient d'envisager successivement la protection contre les atteintes à la mémoire – emblématique – des crimes de la Seconde Guerre mondiale (Section I) et à la mémoire – tout aussi importante mais bien moins mise en valeur – des autres crimes de masse (Section II).

SECTION I.

ATTEINTE A LA MEMOIRE DES CRIMES DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE

> « Il existe une spécificité non du génocide des Juifs mais de la négation de ce génocide. Elle s'inscrit dans un mouvement antisémite et antidémocratique, qui n'a pas cessé avec le génocide lui-même, et elle l'alimente. »[1538]

1538 Michel TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales Histoire et Sciences Sociales* n° 6, 1999, p. 1255.

379. La prise de distance temporelle avec les faits de la Seconde Guerre mondiale a vu l'émergence d'un phénomène jusqu'alors peu connu : la négation, en tout ou partie, de la perpétration de l'Holocauste[1539]. Concrètement, se sont développées et ont été rendues publiques diverses théories minimisant ou réfutant l'existence, la nature et l'ampleur des crimes à caractère discriminatoire commis par le régime national-socialiste. Or, ces propos permettent la montée en puissance des thèses racistes[1540] et offrent un terrain propice à la réitération de ces exactions. En essayant implicitement ou explicitement de réhabiliter le nazisme, ils deviennent *« un important vecteur de l'antisémitisme »*[1541]. Partant, la crainte d'un retour en arrière s'est faite sentir, qui a poussé à l'élaboration d'un dispositif pénal de répression de ces allégations dites « négationnistes ».

380. Le terme « négationnisme » est souvent confondu avec le terme « révisionnisme ». Pourtant, d'un point de vue sémantique, ces notions ne recouvrent pas les mêmes objets. Le négationnisme, néologisme français créé par Henry Rousso en 1987, se définit comme la démarche de falsification historique malhonnête sous-tendue par une idéologie[1542]. Le révisionnisme, quant à lui, n'a initialement aucune connotation péjorative. Il s'agit d' *« une attitude, qui en histoire, constitue le devoir même du chercheur »*[1543], d'un aspect classique de l'activité scientifique exercée par les historiens lorsqu'ils réexaminent une interprétation antérieure des faits, sans qu'il y ait automatiquement de contre-vérités ou de discrédit jeté

1539 Christian GODIN remarque que les dirigeants nazis eux-mêmes n'ont pas mis en doute cet élément, notamment l'existence des chambres à gaz. Voir *Négationnisme et totalitarisme*, Nantes, Pleins Feux, 2000, p. 19.

1540 Michel TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », op. cit., p. 1249. Dans le même sens, Henry ROUSSO, « Le négationnisme est une parole de haine », *L'Histoire* n° 294, 2005, pp. 58-59 ; Carole VIVANT, *L'historien saisi par le droit : contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Thèse de doctorat en Droit, Université Montpellier I, 2005, publiée chez Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, p. 422 : *« Les auteurs s'accordent sur le fait que le courant révisionniste et l'antisémitisme sont étroitement liés et que combattre le négationnisme, c'est lutter contre le racisme ».*

1541 Bertrand DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, L.G.D.J., 2000, p. 374.

1542 Certains auteurs préfèrent parler de *« dénégationnisme »*, par référence à la dénégation, concept emprunté à la psychanalyse qui renvoie *« au refus, inspiré par l'inconscient, que le sujet oppose à la réalité telle qu'elle est »*. Le dénégationnisme est *« une forme d'antisémitisme tellement virulente et dévastatrice sur le plan psychique que pour celui qui en est frappé, admettre l'état de victime pour l'ennemi juif est une représentation insupportable ».* Cf. Christian GODIN, *Négationnisme et totalitarisme*, op. cit., pp. 9-10.

1543 Ibidem, p. 8.

sur les documents d'archives ou les témoins. De la même manière, la langue allemande distingue le *Revisionismus* (thèses révisionnistes) de l'*Holocaust Leugnung* (thèses négationnistes). Toutefois, de part et d'autre du Rhin, la doctrine emploie couramment et indifféremment ces deux expressions par commodité de langage.

381. *« Au nom de la protection de l'ordre public »*[1544]*,* le législateur, dans les deux Etats, a pris l'initiative de textes interdisant directement certains types de propos. L'entreprise est honorable mais elle s'inscrit dans un contexte singulier ; elle constitue une restriction à la liberté individuelle fondamentale d'expression. D'aucuns objectent que racisme et liberté d'expression n'interviennent pas sur le même plan, non parce qu'il s'agit de soutenir des thèses inadmissibles mais parce que le racisme ne peut être assimilé à une opinion. Il ne s'attaque pas aux idées mais à l'homme en tant que tel[1545]. Néanmoins, cette position nous semble peu convaincante si on retient qu'une opinion est *« un avis déclaré, une croyance probable, une conviction personnelle, une attitude de l'esprit »*[1546]. Il devient difficile de ne pas envisager le racisme comme une opinion, quel que soit le jugement de valeur que l'on y porte.

Dès lors, la problématique de l'articulation de ces infractions pénales avec la liberté d'expression reste entière, bien qu'elle semble aujourd'hui réglée en jurisprudence. Par ailleurs, la « filiation » entre pénalisation du négationnisme et lutte contre le racisme n'est peut-être pas aussi évidente qu'on pourrait le penser de prime abord.

§ 1. INCRIMINATION DU NEGATIONNISME

382. Si les deux législations qui nous occupent connaissent effectivement une incrimination des faits relevant du négationnisme, leurs éléments constitutifs ne sont pas identiques. Il convient de comparer attentivement l'infraction spécifique créée hors code

---

1544 Rémy LIBCHABER, « L'Histoire aux prises avec le droit », *R.T.D. civ.*, 1999, p. 248.

1545 Voir notamment Guy HAARSCHER, « Le blasphémateur et le raciste », *R.T.D.H.*, 1995, p. 417.

1546 Définition de Jean-Philippe FELDMAN, « Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah ? De l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 », *R.D.I.D.C.*, 1998, p. 264.

pénal en droit français à celle intégrée dans la catégorie « incitation à la haine raciale » du *Strafgesetzbuch* allemand.

A. En France : l'article 24 bis de la loi sur la liberte de la presse

383. Indubitablement, la France des années 1970 et 1980 a été marquée par une forte poussée de l'antisémitisme et du racisme. Ce phénomène n'est certes pas récent[1547]. Mais avec les propos délibérément outranciers de Robert Faurisson[1548], la thèse d'Henri Roques[1549] ou la tristement célèbre affaire du *« point de détail »*[1550], l'opinion publique, choquée, assiste à la mise en lumière de théories faussement historiques, de plus en plus relayées par les médias. La communauté scientifique pointe alors les dangers de telles dérives et les débats politico-juridiques révèlent une véritable *« lacune législative »*[1551]. S'il existe des textes qui prohibent la provocation à la discrimination raciale et à la

---

1547 Souvenons-nous de Maurice Bardèche et Paul Rassinier, dont les écrits publiés après-guerre manifestaient déjà cette tendance. Maurice Bardeche, *Nuremberg ou la terre promise* (Les sept couleurs, 1948, 272p.) pour lequel il a été condamné puis amnistié (supra §55) ; Paul Rassinier, *Le Mensonge d'Ulysse : regard sur la littérature concentrationnaire*, Bourg-en-Bresse, Editions bressanes, 1950, 232p. Ces deux auteurs sont considérés comme les pères du mouvement révisionniste. En ce sens, Bernard Beignier, « « De la langue perfide, délivre-moi… » : réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite « loi Gayssot » », in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 497 et suivantes.

1548 Evoqués précédemment §178. Voir Valérie Igounet, *Robert Faurisson. Portrait d'un négationniste*, Dénoël, 2012, 464p. Parmi ses nombreuses provocations, rappelons l'article publié dans *Le Matin de Paris* le 1er novembre 1978, dans lequel il déclarait péremptoirement que *« les chambres à gaz, ça n'existe pas »,* et la tribune parue dans *Le Monde* le 29 décembre 1978 intitulé « Le problème des chambres à gaz, ou la rumeur d'Auschwitz ».

1549 Evoquée également §178. Voir Valérie Igounet, *Histoire du négationnisme en France*, Seuil, 2000, p. 407 et suivantes.

1550 *« Je me pose un certain nombre de questions. Et je ne dis pas que les chambres à gaz n'ont pas existé. Je n'ai pas pu moi-même en voir. Je n'ai pas étudié spécialement la question. Mais je crois que c'est un point de détail de l'histoire de la Deuxième Guerre mondiale. [...] C'est un point de détail au niveau de la guerre. Voulez-vous me dire que c'est une vérité révélée à laquelle tout le monde doit croire ? Que c'est une obligation morale ? Je dis qu'il y a des historiens qui débattent de ces questions. »* Propos de Jean-Marie Le Pen dans l'émission « le Grand Jury » de RTL du 13 septembre 1987, pour lesquels il a été condamné par la justice. Voir notamment CA Versailles, 18 mars 1991, JurisData 1991-043351.

1551 François Asensi, rapport n° 1296 fait au nom de la Commission des lois, annexé au procès-verbal de la séance de débats à l'Assemblée nationale du 26 avril 1990, p. 21.

haine[1552], l'apologie de crime de guerre et de crime contre l'humanité[1553], la diffamation et l'injure à caractère raciste[1554], la négation des crimes contre l'humanité en elle-même n'est pas pénalement sanctionnée[1555]. C'est ce vide juridique que souhaitent combler les parlementaires par l'adoption de la loi dite « Gayssot » n° 90-615 du 13 juillet 1990[1556].

384. Son article 9 insère, après l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, un article 24 bis rédigé comme suit :

> « 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. »

A travers cette disposition, l'ordonnancement français se dote d'une nouvelle incrimination pénale, hors code, pour réprimer la contestation publique de certains faits historiques. Est instauré le « délit de révisionnisme » passible d'une peine d'emprisonnement d'un an et/ou d'une amende de 300.000 francs[1557] (article 24 alinéa 6[1558]). La répression est initialement

---

1552 Art. 24 al. 6 de la loi du 29 juillet 1881, créé par la loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme dite « loi Pleven » (*JORF*, 2 juillet 1972, p. 6803) analysée §174 et suivants. Le législateur a d'abord incriminé les provocations indirectes fondées sur l'origine, l'appartenance ethnique, nationale, raciale ou religieuse. Puis, par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (*JORF*, 31 décembre 2004, p. 22567), un alinéa 7 a été ajouté, incriminant les provocations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle ou le handicap.

1553 Art. 24 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881 tel que complété par l'article 15 de la loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal (*JORF*, 5 janvier 1988, p. 159).

1554 Art. 32 al. 2 et art. 33 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881, introduits par la loi du 1er juillet 1972 précitée.

1555 A cette époque, c'est sur le terrain du droit civil que la responsabilité de l'universitaire ou de l'homme politique peut être recherchée, en prenant comme fondement l'article 1382 du Code civil. Sur ce point, Carole VIVANT, *L'historien saisi par le droit : contribution à l'étude des droits de l'histoire*, op. cit., p. 440.

1556 Loi tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *JORF*, 14 juillet 1990, p. 8333.

1557 Depuis 2002, 45.000 euros d'amende.

1558 Rappelons que l'article 24 al. 6 auquel l'article 24 bis fait renvoi punit *« ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une*

aggravée par la prévision de deux peines complémentaires : l'affichage de la condamnation pour une durée maximale de deux mois et la diffusion intégrale ou partielle de la décision, aux frais du condamné dans la limite du maximum de l'amende encourue, soit dans le Journal officiel, soit par une ou plusieurs publications de presse, soit enfin par un ou plusieurs services de communication audiovisuelle. Cette seconde sanction a toutefois été abrogée à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994.

Notons par ailleurs que l'article 13 de la loi Gayssot a introduit un article 48-2 dans le texte de 1881 permettant à 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, d'exercer les droits reconnus à la partie civile[1559]. L'action judiciaire est donc ouverte aux associations regroupant des personnes que le négationnisme atteint directement, parmi lesquelles les victimes du nazisme et leurs descendants.

385. Les crimes dont la contestation est prohibée sont exclusivement ceux visés par l'article 6c du Statut de Nuremberg, soit l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou *« tout autre acte inhumain »* commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la Seconde Guerre mondiale, ainsi que les persécutions motivées par des considérations politiques, raciales ou religieuses. La contestation d'un crime de guerre, même réalisé durant cette période, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 24 bis. Pour ajouter au caractère restrictif de la disposition, ces actes doivent encore avoir été commis par *« les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut »* ou par *« une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ».* Cette précision conduit d'abord à

---

personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

1559 La formulation n'est pas sans rappeler celle de l'article 2-4 C.P.P. : *« Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans qui se propose, par ses statuts, de combattre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre ou 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 les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ».* Mais cette disposition ne fait pas doublon ; elle vient poser une dérogation au principe singulier fixé à l'article 47 de la loi de 1881 selon lequel les poursuites pour infractions de presse doivent avoir lieu d'office et à la requête du ministère public.

fonder la répression sur le verdict du Tribunal militaire international[1560]. Concrètement, peuvent faire l'objet d'une poursuite pénale les propos révisionnistes qui portent sur les exactions commises par les seize personnes physiques reconnues coupables de crime contre l'humanité à Nuremberg. Il en est de même pour la contestation des infractions accomplies par les membres du corps des chefs politiques du parti nazi, de la *S.S.*, de certains services du *S.D.* et de la *Gestapo*. La référence à la juridiction nationale permet ensuite d'envisager les décisions des tribunaux français, en particulier dans les affaires Barbie, Touvier et Papon[1561], qui sont venues adjoindre de nouveaux éléments aux définitions internationales. Par conséquent, la déportation des résistants, constitutive de crime contre l'humanité au sens de l'arrêt Barbie de 1985, ne peut être réfutée en toute impunité.

On peut s'interroger sur les conséquences d'une telle limitation du délit de révisionnisme pour la théorie générale du droit. D'aucuns refusent de voir dans ce texte un moyen d'ériger les magistrats en gardiens d'une vérité historique officielle[1562]. Il est

---

1560 Dès les débuts de l'application de la loi Gayssot, ce renvoi à la décision internationale a été jugé incongru pour absence de validité de cette source. Certains arguaient de l'impossibilité de produire aux débats le jugement du TMI. La Cour de cassation a néanmoins rejeté cet argumentaire, estimant que le jugement de Nuremberg, qui, comme tout jugement, n'a pas à être publié (Cass. crim., 23 février 1993, n° 92-83.478, affaire Guionnet, *Bull. crim*., n° 86, p. 208), est tout à fait accessible au regard de la transcription officielle en français disponible dans les archives de la Cour internationale de Justice (Cass. crim., 20 décembre 1994, n° 93-80.267, *Bull. crim*., n° 424, p. 1031), et aujourd'hui dans de nombreuses bibliothèques sous deux collections : *TMI – Procès des grands criminels de guerre. Documents officiels. Texte officiel en langue française*, Nuremberg, Ed. du Tribunal militaire international, 1947-1949, 42 tomes ; *TMI Procès des grands criminels de guerre. Documents officiels. Texte officiel en langue française*, Ed. Tristan Mage, 1993, 80 tomes.

1561 Affaires étudiées §§233-239.

1562 *« [Le rôle d'une loi pénalisant le négationnisme] est d'arbitrer entre ces valeurs que sont la protection de la mémoire, le savoir historique et la liberté d'opinion. La légitimité même de cet arbitrage a été dénoncée. On soupçonne ce type de délit d'ériger au nom de la contestation du mensonge historique, une vérité officielle, un dogme d'Etat. Or, la loi française comparée à d'autres est modeste. (...) A la fois spécifique (elle concerne des faits juridiques) et contextualisée (oubli des autres mémoires), cette loi a une portée dissuasive réduite. (...) Il s'agit de faire passer un écrit au crible d'un débat contradictoire et mettre en évidence sa mauvaise foi, ses mensonges systématiques, son intention perverse. On est loin d'une vérité historique dont le juge serait le porte-drapeau. On semble plus proche d'un contrôle des erreurs manifestes d'appréciation. »* Cf. Denis SALAS, « Le droit peut-il contribuer au travail de mémoire ? », Actes du colloque sur le thème « La lutte contre le négationnisme » organisé par la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, 5 juillet 2002, pp. 41-42, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.afhj.fr/ressources/Negationnisme.pdf (consulté le 21 août 2013). Pour une interprétation similaire, Gérard COHEN-JONATHAN, « Négationnisme et droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1997, p. 571.

d'ailleurs évident que le Parlement n'a pas décidé dans la loi Gayssot de l'existence de la Shoah. Si vérité absolue il doit y avoir, ce n'est pas la loi qui la détermine. Ces faits ont été reconnus et condamnés ; les décisions à leur sujet sont revêtues de l'autorité de la chose jugée au national ou à l'international. Autrement dit, ce qui est réellement incriminé, c'est la négation de la chose jugée elle-même et cela n'est pas anodin : *« la vérité judiciaire délimite le champ de l'histoire concernée. L'article 24 bis propulse en quelque sorte la chose jugée au rang de règle de droit générale »*[1563].

386. Les faits historiques « figés » judiciairement constituent le socle objectif de l'incrimination mais c'est bien leur « contestation publique » qui se trouve réprimée par l'article 24 bis[1564]. Le moins que l'on puisse dire, c'est que le délit ainsi défini par le texte se caractérise par le flou qui l'entoure. De façon tout à fait classique, c'est vers la jurisprudence qu'il faut se tourner pour obtenir des précisions éclairantes.

387. Du point de vue de l'élément matériel, l'article 24 bis renvoie aux moyens de publicité définis par l'article 23 de la loi de 1881, qui vise les *« discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics »*, les *« 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 »*, les *« placards ou affiches exposés au regard du public »* et tout moyen de communication au public par voie électronique[1565].

1563 Jérôme BOSSAN, « La loi Gayssot », in *La mémoire et le crime*, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Cujas, 2011, p. 136.

1564 Sur le sujet, Jean-Philippe FELDMAN, « Les éléments constitutifs du délit de contestation de crime contre l'humanité », *Dalloz*, 1998, p. 50.

1565 Pour un exemple à propos d'un message laissé sur un forum de discussion sur internet : Cass. crim., 5 novembre 2002, n° 01-88.461, *Bull. crim*., n° 200, p. 745. Cela soulève un certain nombre de problèmes, notamment en matière de compétence des juridictions nationales. Dans une affaire jugée par le TGI de Paris, le prévenu, propriétaire d'un site internet contenant des textes à caractère révisionniste, soutenait l'incompétence du tribunal aux motifs que la publication litigieuse s'était faite exclusivement aux États-Unis où se trouvait l'émetteur du site. Néanmoins, le texte incriminé, diffusé depuis un site étranger, avait été reçu et vu dans le ressort territorial du tribunal de Paris, qui s'est déclaré compétent (TGI Paris, 18 novembre 1998, JurisData 1998-193862). Cf. Frédérique CHOPIN, « Cybercriminalité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, juillet 2013, p. 31.

Quant à la notion de contestation, elle désignait initialement la réfutation pure et simple des événements. Toute personne qui, publiquement, remettait en question l'existence des crimes contre l'humanité de la Seconde Guerre mondiale, était susceptible de sanction. Mais les partisans du négationnisme, voyant une faille dans le système mis en place, ont modifié leurs discours pour faire passer les messages sous des formes détournées, plus subtiles et légalement acceptables[1566]. Face à ce phénomène, la doctrine était divisée. Pour un premier courant, la contestation devait avoir pour objet *« l'existence des crimes et non leur environnement politique ou sociologique, pas plus que leurs modalités indifférentes à leur consistance telle l'entreprise de recherches psychosociologiques sur les facteurs qui ont pu faire naître ces crimes ou une comparaison avec d'autres monstruosités »*[1567], à condition de ne point verser dans l'apologie. Conformément aux principes généraux du droit pénal, ces auteurs prônaient une interprétation restrictive de la disposition en raison de son caractère exorbitant[1568]. D'autres considéraient que le terme devait être entendu *lato sensu*, non seulement comme une négation totale des faits mais aussi comme une remise en cause *« partielle, nuancée, conditionnelle ou interrogative »*[1569]. Confrontées à la question, les juridictions ont procédé à une extension de la répression, tout en prenant soin de respecter les limites imposées par l'article 111-4 du Code pénal et la *ratio legis* du texte de 1990. D'une part, est désormais sanctionné le simple fait de suggérer que les crimes concernés n'auraient pas été commis, ce qu'on appelle la *« contestation-discussion »*[1570].

1566 Patrice ROLLAND, « Du délit d'opinion dans la démocratie française », in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, op. cit., p. 661.

1567 Jacques-Henri ROBERT, « Provocation aux crimes et aux délits », in Henri BLIN et al., *Droit de la presse*, Litec, 2001, p. 132.

1568 Ibidem, p. 130.

1569 Michel VERON, « Présentation des lois des 12 et 13 juillet 1990 », *Droit pénal*, 1990, p. 1. Le TGI de Paris a semblé consacrer cette vision en retenant, dans un jugement du 18 avril 1991, que l'article 24 bis rendait délictueuse *« toute contestation même inscrite dans un discours logique et cohérent dès lors qu'elle conduit à contester en les niant en des termes de mépris envers les victimes l'existence d'un crime contre l'humanité ayant entraîné des condamnations de ce chef par le Tribunal militaire international »* (décision inédite, citée par Didier BATSELE, Michel HANOTIAU et Odile DAURMONT, « La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité (2ème partie) », *R.T.D.H.*, 1991, p. 441.

1570 Expression notamment employée par Jean-François FLAUSS, « la Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in Elisabeth ZOLLER (sous la dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 125 ; et Jérôme BOSSAN, « La loi Gayssot », op. cit., p. 141.

Au sens de la Cour de cassation[1571], insinuer que les chambres à gaz ou les camps de concentration n'ont peut-être pas existé revient à en nier l'existence. D'autre part, est un acte constitutif du délit de révisionnisme la minoration de l'ampleur et de la gravité des faits historiques visés[1572]. Par conséquent, la minimisation outrancière faite de mauvaise foi du nombre de victimes tombe sous le coup de l'article 24 bis[1573].

Reste que la frontière entre les propos répréhensibles et ceux qui ne le sont pas est parfois ténue et l'interprétation stricte de la loi pénale peut conduire à l'absence de sanction de discours pourtant tendancieux. Il est est ainsi de la *« contestation-contradiction »*[1574] qui n'entre pas dans le champ de la répression, comme l'a affirmé la Chambre criminelle dans un arrêt du 23 juin 2009[1575]. Rappelons les faits. Au cours d'une conférence de presse tenue au siège de la fédération lyonnaise du Front national, un membre du bureau exécutif du parti avait déclaré que, sans entretenir d'accointance avec le nazisme, la discussion sur l'épisode concentrationnaire et le nombre de morts au cours de la Shoah devait, selon lui, rester libre. Cité par le ministère public pour contestation de crimes contre l'humanité, il avait été condamné en appel à une peine d'emprisonnement avec sursis et à une amende. Cet arrêt est cassé par les juges du Quai de l'Horloge estimant que *« les propos retenus (...) qui renferment des énonciations contradictoires, ne permettent pas de caractériser à la charge du prévenu le délit de contestation d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité (...) ».*

388. Hormis la certitude que le texte n'impose pas que soit suscité un sentiment raciste chez le public[1576], la loi de 1990 est muette sur l'élément moral du nouveau délit. Il ne

---

1571 Cass. crim., 29 janvier 1998, n° 96-82.731, inédit : *« la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité entre dans les prévisions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 même si elle est présentée sous une forme déguisée ou dubitative ou par voie d'insinuation ».*

1572 Ce que les mêmes auteurs désignent comme une *« contestation-minoration ».*

1573 Cass. crim., 17 juin 1997, n° 94-85.126, *Bull. crim*., n° 236, p. 786.

1574 Jérôme BOSSAN, « La loi Gayssot », op. cit., p. 142.

1575 Cass. crim., 23 juin 2009, n° 08-82.521, *Bull. crim*., n° 132 ; Guillaume ROYER, « L'invitation à une discussion historique ne caractérise pas le délit de négationnisme », *A.J. Pénal*, 2009, p. 409 ; Jacques FRANCILLON, « Délits de presse. Contestation de l'existence de crimes contre l'humanité », *R.S.C*., 2010, p. 170.

1576 Les difficultés probatoires inhérentes auraient très certainement été rédhibitoires en pratique.

demeure néanmoins aucun doute sur son caractère intentionnel[1577]. La jurisprudence a d'ailleurs permis d'en fixer les contours, notamment grâce au contentieux de la minoration de l'ampleur du génocide juif. Aucun critère quantitatif ne permet de déterminer objectivement ce qui est de l'ordre de l'outrancier – donc du répréhensible – et ce qui reste de l'ordre du débat. En revanche, la Cour de cassation se fonde sur la mauvaise foi de l'auteur des propos, élément déterminant de l'application de l'article 24 bis. Alors que la volonté délictuelle est présumée dans d'autres infractions telles la diffamation[1578], il est impératif ici de prouver la mauvaise foi pour déclencher la sanction[1579]. Le discours doit exprimer du dédain ou du mépris à l'égard des victimes des exactions nazies. On aperçoit les limites pratiques de ce positionnement : sauf à ce que les propos soient particulièrement grossiers, comment démontrer cette intention spécifique ? Cela explique que l'élément psychologique soit bien souvent déduit de l'élément matériel, plus précisément du contenu du discours en cause[1580]. Certains y voient un déplacement de la charge de la preuve et une quasi-présomption de mauvaise foi. Elle ne serait renversée que dans l'hypothèse d'un prévenu rapportant des propos tenus par autrui dans le but d'informer le public de l'existence du révisionnisme mais sans pour autant les approuver[1581].

1577 D'une part, l'article 121-3 du Code pénal dispose que tout crime est intentionnel de même que tout délit sauf prescription légale contraire. D'autre part, le terme « contestation » utilisé par le législateur implique l'existence d'une volonté, laquelle consiste pour le prévenu à avoir conscience de remettre en cause les crimes contre l'humanité.

1578 La présomption de mauvaise foi en matière de diffamation est contrebalancée par la possibilité pour le prévenu d'échapper à la condamnation en rapportant la preuve que les propos ne sont pas diffamatoires. Cela n'est guère envisageable en matière de négationnisme puisque par essence, les propos portent sur des événements passés. Sur ce point, Fabienne GOGET, « Les politiques d'action publique », Actes du colloque de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme sur le thème « La lutte contre le négationnisme », op. cit., pp. 62-63.

1579 Cass. crim., 17 juin 1997, n° 94-85.126, précité : *« la seule indication d'un nombre de victimes, même très inférieur aux évaluations les plus modérées, ne saurait constituer la contestation des crimes contre l'humanité prévue par la loi, celle-ci ne définissant ni directement, ni par les décisions auxquelles elle fait référence, le nombre des victimes comme un élément constitutif de l'infraction »*.

1580 *« Certes, tenir des propos révisionnistes ne peut être qu'un acte intentionnel. Pour autant, selon nous, l'étude du délit doit être envisagée à partir de l'élément matériel car c'est seulement de ce dernier que l'on pourra déduire la mauvaise foi de l'auteur des propos. En effet, cette mauvaise foi sera appréciée en fonction de la teneur du discours en cause. Plus précisément, l'intention sera avérée par la matérialité des faits, c'est-à-dire par le caractère révisionniste des propos. On ne voit pas comment celui qui tiendrait des propos de cette nature pourrait invoquer l'absence d'intention, sauf troubles psychiques. »* Cf. Bertrand DE LAMY, « Révisionnisme », *JurisClasseur Communication*, fascicule 3160, janvier 2014, p. 12.

1581 Ibidem.

389. Finalement, les éléments de définition de l'infraction de l'article 24 bis mettent en exergue des difficultés tangibles tenant à son application, comme c'est aussi le cas pour l'infraction créée par le législateur allemand.

B. En Allemagne : le paragraphe 130 alinea 3 StGB

390. Pendant longtemps, le droit allemand ne connaît pas le négationnisme. Le discours raciste est seulement réprimé lorsqu'il constitue soit une injure telle que définie au §185 StGB[1582], soit une incitation à la haine raciale au sens du §130 StGB.

C'est en 1960 qu'est apparue, au sein du titre relatif aux délits contre l'ordre public, cette seconde catégorie d'infractions[1583]. A la suite d'une série de crimes racistes, le *Bundestag* a entendu interdire les propos et les ouvrages discriminatoires. Le §130 alinéa 1[1584] punit désormais l'incitation à la haine vis-à-vis de certains groupes de population ainsi que la provocation à commettre à leur encontre des actes violents ou arbitraires, lorsque ces actions constituent une attaque contre la dignité humaine[1585] et peuvent troubler l'ordre public[1586]. L'alinéa 2[1587] réprime, quant à lui, toute production et

---

1582 Cette incrimination offre à l'individu une protection contre toute atteinte à son honneur face aux manifestations de dédain ou de mépris proférés directement à son encontre ou à un tiers.

1583 Modification législative 30 juin 1960, *BGBl*, 1960, I, p. 478. L'incitation à la haine raciale a remplacé « l'incitation à la lutte des classes » qui figurait dans le *Strafgesetzbuch* depuis son entrée en vigueur en 1871.

1584 §130 al. 1 StGB : *« Celui qui 1. incite à la haine des parties de la population ou qui provoque des actes violents ou arbitraires contre eux, ou qui 2. attaque la dignité humaine d'autres personnes en insultant, en avilissant de manière mal intentionnée ou en diffamant des parties de la population, d'une façon pouvant troubler la paix publique, sera puni d'emprisonnement de trois mois à cinq ans. »* (Traduction proposée).

1585 L'atteinte à la dignité humaine était à l'origine une condition textuelle présente dans les deux sous-paragraphes de l'alinéa 1. Cette référence a été supprimée du premier en 1994 (révision législative du 28 octobre 1994, *BGBl*, 1994, I, p. 3186), le législateur ayant estimé que les actes visés sont en eux-mêmes constitutifs de cette atteinte. En revanche, elle a été maintenue dans le second sous-paragraphe qui incrimine la manifestation d'opinions déniant aux membres d'un groupe leurs droits vitaux et leur égalité vis-à-vis d'autres membres de la société. En élevant par ce biais le seuil de répression, un équilibre satisfaisant entre la liberté d'opinion et la protection de l'ordre est ménagé.

1586 La seule possibilité d'un trouble, c'est-à-dire un danger abstrait, suffit. Cf. BGH, 21 avril 1961, 3, StR 55/60, *BGHSt* 16, p. 49.

1587 Initialement, cette infraction faisait l'objet du §131 StGB. La révision d'octobre 1994 a procédé au rapatriement de la disposition au sein du §130.

toute diffusion d'ouvrages présentant les caractères du premier alinéa[1588]. Dans cette hypothèse, il n'est pas requis que soit caractérisée une potentielle répercussion négative sur le climat social allemand. Notons la présence à l'alinéa 5 du §130 d'une limite : les publications à but scientifique ou informatif sur les actualités ne sont pas concernées par l'alinéa 2[1589]. Dans cette logique, le terme « science » doit être entendu strictement. Il n'englobe que les efforts sérieux en vue de trouver la vérité, à l'exclusion des ouvrages qui écartent sciemment certaines sources ou certains résultats d'autres chercheurs en sens contraire[1590].

391. Il faut attendre 1994 pour que soit introduit l'alinéa 3 du §130 StGB afin de créer une incrimination spécifique pour le négationnisme[1591] :

> « Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost. »[1592]

1588 §130 al. 2 StGB : *« Sera puni d'une peine d'emprisonnement jusqu'à trois ans ou d'une amende celui qui 1. (a) distribue, (b) expose, affiche, présente ou rend publiquement accessible, (c) offre à un mineur, lui laisse ou lui rend accessible, (d) produit, fait venir, livre, stocke, offre, annonce, préconise, entreprend d'importer ou d'exporter, afin de les utiliser en tout ou en partie dans le sens des sous-paragraphes (a) à (c) ou afin de permettre à un autre une telle utilisation, des ouvrages incitant à la haine des parties de la population ou d'un groupe national, racial, religieux ou ethnique, provoquant des actes violents ou arbitraires contre eux ou attaquant la dignité humaine des autres en insultant, en avilissant de manière mal intentionnée ou en diffamant des parties de la population ou un tel groupe, 2. ou qui diffuse, par la radio, un contenu semblable. »* (Traduction proposée).

1589 Ni d'ailleurs par l'alinéa 3 analysé ci-après.

1590 BVerfG, 11 janvier 1994, dite « Walendy », *BVerfGE*, 90, p. 1.

1591 Il est parfois soutenu que l'Allemagne a incriminé le négationnisme à compter de 1985 (pour un exemple, Eric STEIN, « History against free speech : the new german law against the Auschwitz – and other – lies », *Michigan Law Review* n° 8, 1986, p. 277 et suivantes). Comme le confirme Thomas HOCHMANN, la législation sur le sujet date en réalité de la révision du 28 octobre 1994, précitée (Cf. *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Pédone, 2013, p. 25, note n° 10). Nous reviendrons sur l'affaire Deckert, à l'origine de cette évolution législative (infra §412). Pour une analyse du texte adopté, Hans DAHS, « Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 — Ein Produkt des Superwahljahres », *NJW*, 1995, p. 553 et suivantes.

1592 *« Une peine d'amende ou de prison pouvant aller jusqu'à cinq ans sera infligée à toute personne qui approuve, réfute ou minimise, en public ou devant une assemblée, toute infraction commise dans le cadre de la politique national-socialiste et relevant de l'article 6 §1 du VStGB, d'une manière qui est susceptible de troubler l'ordre public. »* (Tradution proposée).

Cette disposition punit tout individu qui, publiquement ou en réunion, approuve, nie ou minimise des actes de génocide[1593] commis sous la domination du régime nazi, à la condition qu'il le fasse d'une manière qui puisse troubler l'ordre public.

392. A première vue, la formulation du §130 alinéa 3 StGB est moins précise que celle de l'article 24 bis de la loi française sur la presse. Là où le texte français envisage *« l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale »*, la disposition allemande désigne les actes de génocide commis sous l'autorité national-socialiste. Aucune restriction textuelle n'est fixée quant aux auteurs des infractions ou aux autorités ayant qualifié juridiquement de génocide les exactions concernées.

L'analyse des arrêts de la Cour de Karlsruhe apporte quelques éclaircissements. Elle retient que l'expression incriminée est celle qui réfute l'existence de persécutions contre les Juifs et d'autres groupes raciaux ou ethniques, tels les Sintis ou les Roms, sous le III^{ème} *Reich*. Une condition est imposée : que cela ait été démontré *« par d'innombrables documents et rapports de témoins oculaires, les conclusions de tribunaux dans de nombreuses procédures pénales et les connaissances acquises par la science historique »*[1594]. On constate que cette orientation écarte la critique de la consécration d'une vérité judiciaire érigée en règle de droit puisque la reconnaissance des actes visés a de multiples origines : mémorielle, historiographique et juridictionnelle. D'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, l'absence de précision permet d'envisager non seulement le TMI de Nuremberg et les juges allemands, mais encore les juges étrangers appelés à se prononcer sur la Shoah.

1593 Le texte initial visait l'article 220a StGB ; depuis 2002, il est fait renvoi au §6 VStGB.
1594 BVerfG, 13 avril 1994, *BVerfGE*, 90, p. 241.

393. En revanche, le *Bundestag* s'est montré plus rigoureux dans la délimitation de l'acte incriminé lui-même. Pour être punissable, il doit revêtir l'une des trois formes prescrites par le §130 alinéa 3 : approbation, négation ou minimisation des faits historiques en question. De plus, à l'inverse de la jurisprudence extensive française, la Cour constitutionnelle germanique a ajouté deux critères qui permettent de circonscrire un peu plus la répression des discours révisionnistes.

Primo, le négationnisme se définit comme *« une affirmation de fait qui est prouvée fausse »*[1595]. Il s'agit d'une déclaration catégorique que l'on sait erronée, conformément à la posture adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme qui définit le négationnisme comme la réfutation de *« faits historiques qui ne font […] pas l'objet de débats entre historiens mais sont au contraire clairement établis »*[1596]. En cela, les juges suprêmes distinguent les propos objectivement révisionnistes de la simple opinion procédant d'un jugement de valeur, non punissable. Est également insusceptible de répression le discours dont l'auteur est convaincu de la véracité. Seules les allégations factuelles dont on sait ou dont on a prouvé qu'elles sont incorrectes tombent sous le coup de la loi pénale allemande. Poussée à l'extrême, cet argumentaire interpelle. Il exclut la sanction du *« négationniste incorrigible »* : *«celui qui est convaincu que la Shoah n'a pas eu lieu et qui considère que tout document prouvant le contraire est une falsification, ne défend pas sciemment des faits faux. Donc, de son point de vue, il exprime une opinion basée sur des faits »*[1597].

Secundo, le négationnisme se définit par les effets qu'il produit. La Cour constitutionnelle insiste sur le fait que ce type d'expression doit provoquer un préjudice chez les tiers, en substance une *« atteinte à la dignité, à l'honneur de tout Juif vivant aujourd'hui en Allemagne »*[1598]. Ce critère tiré de la violation des droits d'autrui est une spécificité de la négation de l'Holocauste. Il restreint le champ de l'incrimination et permet

---

1595 Ibidem.

1596 CEDH, 23 juin 2003, n° 65831/01, Garaudy c. France, examinée par Thomas HOCHMANN, « Les limites à la liberté de l' « historien » en France et en Allemagne », *Droit et société* 2008/2, n° 69-70, p. 533.

1597 Béate RUDOLF, « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », *R.T.D.H.*, 2001, p. 297.

1598 Thomas HOCHMANN, « Les limites à la liberté de l' « historien » en France et en Allemagne », op. cit., p. 534.

par exemple de différencier les discours révisionnistes de la contestation de la responsabilité allemande dans le déclenchement de la Seconde Guerre mondiale[1599]. Au surplus, le discours doit être de nature à affecter la tranquillité publique. Loin d'être anodine, cette indication facilite le travail des juges dans l'hypothèse d'une minimisation présumée du génocide. Au sens de la doctrine, elle constitue en effet le seuil à partir duquel il est permis de conclure à l'application du §130 alinéa 3 : *« la condition selon laquelle le propos doit être susceptible de troubler la paix publique sert de correctif dans cette situation »*[1600]. Elle sera également utilisée pour déterminer si la relativisation des actes concernés, c'est-à-dire leur comparaison avec d'autres crimes ou avec d'autres politiques de persécution systématique de certaines classes de population, peut être réprimée sur le fondement de cette disposition. En somme, les juridictions pénales, pour entrer en voie de condamnation, sont contraintes de mesurer le degré de mépris dans les propos et de caractériser l'existence d'un trouble éventuel à l'ordre public[1601].

394. Enfin, s'agissant du caractère public des propos proférés, relevons la mention *« en réunion »* (*in einer Versammlung*) qui permet la répression du négationnisme y compris dans le contexte d'un rassemblement privé. Cela n'est pas sans conséquence : *« par ce moyen, le droit pénal essaie d'empêcher les groupements révisionnistes d' « éduquer » leurs membres ou sympathisants »*[1602]. Le danger qu'un délit au sens du §130 alinéa 3 StGB soit potentiellement commis au cours d'une manifestation privée autorise les forces policières à l'interdire. Hormis cet aspect original, l'appréciation qui est donnée de la publicité des discours est relativement proche de celle retenue en droit français. La Cour

---

1599 Décision Walendy du 11 janvier 1994 précitée.

1600 Béate RUDOLF, « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », op. cit., p. 294. L'auteur s'appuie sur l'opinion développée par plusieurs auteurs allemands, notamment Daniel BEISEL, « Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge », *NJW*, 1995, pp. 999-1000 ; Eckhart VON BUBNOFF, article n° 46 relatif au §130, in Burkhard JÄHNKE et al., *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ème éd., Berlin, De Gruyter Verlag, 2000 ; Theodor LENCKNER, article n° 21 relatif au §130, in Adolf SCHÖNKE et Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25ème éd., Munich, C.H. Beck Verlag, 1997.

1601 Un auteur s'oppose à la sanction de la relativisation sur le fondement du §130 al. 3 StGB. Cf. Andreas STEGBAUER, « Der Straftatbestand gegen die Auschwitzleugnung — eine Zwischenbilanz », *NJW*, 2000, p. 285.

1602 Béate RUDOLF, « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », op. cit., pp. 294-295.

fédérale a pareillement accepté que l'action délictueuse puisse être réalisée à l'étranger si le contenu du propos est accessible en Allemagne[1603], comme c'est le cas pour les pages publiées sur le réseau internet. La portée de cette admission est toutefois limitée. Les procureurs allemands ne sont pas obligés de poursuivre tous les polémistes par internet dont ils ont connaissance. Comme le droit allemand ne prévoit pas de procès pénal en l'absence de l'accusé[1604], l'auteur ne saurait être mis en accusation qu'au moment où il se trouve sur le territoire allemand. Le §130 alinéa 3 a un effet plus dissuasif qu'effectif, pour ceux qui prévoient de se rendre en Allemagne.

395. Françaises ou allemandes, il est incontestable que les législations ont créé un véritable délit d'opinion[1605], puisqu'est érigée en infraction l'expression d'une idée que l'on juge socialement indésirable[1606]. D'où la nécessité d'articuler cette incrimination avec le droit fondamental à la liberté d'opinion et d'expression.

§ 2. ARTICULATION AVEC LA LIBERTE D'OPINION ET D'EXPRESSION[1607]

396. La critique portée à la répression du révisionnisme est facile tant la frontière avec une fixation étatique des idées exprimées, inadmissible dans une société démocratique, est mince. Pourtant, en la matière, il est aujourd'hui unanimement admis qu'il s'agit d'une

---

1603 BGH, 12 décembre 2000, 1, StR 184/00.

1604 A propos de cette question, voir supra §327.

1605 Sur cette vision de la loi Gayssot, Carole VIVANT, *L'historien saisi par le droit : contribution à l'étude des droits de l'histoire*, op. cit., n° 772 et suivants. *Contra*, Bernard BEIGNIER, « « De la langue perfide, délivre-moi… » : réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite « loi Gayssot » », op. cit., pp. 508-509 : *« Nul n'a à avoir de sentiment sur le constat d'un fait ».* L'auteur note néanmoins qu'eu égard à la formulation de l'article 24 bis, cette qualification se comprend.

1606 *« Le délit d'opinion consiste à ériger en infraction l'expression d'une opinion indésirable, voire même la simple adoption indépendamment de toute expression de celle-ci ».* Cf. Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey, Coll. Sirey Université – Droit public, 8ème éd., 2009, p. 407. Dans le même sens, Jean-Philippe FELDMAN, « Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah ? De l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 », op. cit., p. 265.

1607 Un certain courant de doctrine dissocie ces deux libertés. Voir Louis FAVOREU (sous la dir.), *Droits et libertés fondamentales*, Dalloz, Coll. Précis, 5ème éd., 2009, n° 249 et suivants et n° 258 et suivants. D'autres auteurs les traitent en un seul et même ensemble. Voir Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., 2009, p. 407 et suivantes.

limite nécessaire à la liberté d'opinion et d'expression, justifiée tant au regard du droit constitutionnel qu'au regard du droit conventionnel.

A. AU REGARD DU DROIT CONSTITUTIONNEL

397. En France comme en Allemagne, les cours saisies ont posé un postulat : l'incrimination du négationnisme ne porte pas une atteinte excessive à la liberté d'opinion et d'expression. Cependant, les explications données, dont le caractère péremptoire n'a pas manqué d'être relevé par la doctrine, laissent dubitatif.

398. Côté allemand, l'application des alinéas 1 et 2 du §130 StGB n'a pas fait débat. Pour la doctrine comme pour les juges de Karlsruhe, leur application ne pose pas de difficulté dans la mesure où l'article 5 de la Loi Fondamentale dispose :

> « 1. Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entrave aux sources qui sont accessibles à tous. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.
>
> 2. Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel. »

Conformément à la jurisprudence constitutionnelle constante, les lois générales *« ne sont dirigées ni contre la liberté d'opinion en tant que telle, ni contre une opinion spécifique »* mais *« servent à la protection d'une position légale qui doit, en tout cas, être protégée, sans égard à une opinion spécifique »*[1608]. Constituent de telles positions légales *« les droits fondamentaux et les valeurs communes éminentes consacrés par la Constitution »*[1609]. Or, puisque les alinéas 1 et 2 du §130 StGB sanctionnent tout propos qui représente un danger potentiel pour la tranquillité publique, ils n'incriminent aucune

---

1608 BVerfG, 15 janvier 1958, 1, BvR 400/51, *BVerfGE*, 7, p. 198.

1609 Béate RUDOLF, « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », op. cit., pp. 288-289.

opinion spécifique et ne s'attachent qu'à la conséquence envisageable. La position légale ainsi sauvegardée est la paix sociale, la dignité humaine ou une combinaison de ces deux éléments. L'un comme l'autre sont considérés comme des objectifs qui priment sur la liberté d'opinion[1610].

Néanmoins, l'existence d'un but légitime ne suffit pas à autoriser toute intervention législative dans le sens d'une limitation de cette liberté. Encore faut-il que soit établi un juste équilibre entre ce but et l'importance du débat public dans un Etat de droit. Cette condition de proportionnalité justifie la rigueur des critères fixés dans les alinéas 1 et 2 du §130, notamment sur la gravité des actes commis. De surcroît, elle est interprétée strictement par la Cour constitutionnelle fédérale qui veille à ce que les juridictions pénales examinent de près le contenu des propos litigieux. Celles-ci sont contraintes d'étudier l'ensemble des interprétations possibles et de motiver leurs condamnations[1611].

399. L'introduction de l'alinéa 3 a pour sa part suscité un vif débat, bien que les hauts juges aient « validé » cette infraction. On le sait[1612], le négationnisme réprime celui qui présente sciemment des faits falsifiés. N'est incriminée que l'affirmation factuelle en elle-même ; si elle est à la base d'un jugement de valeur, l'article 5 §1 de la Loi Fondamentale devient applicable. Au demeurant, lorsque opinion et fausse affirmation de faits sont inséparables, la jurisprudence tranche dans le sens de la non répression[1613]. Par conséquent, *« [le §130 alinéa 3] ne constitue pas une ingérence dans la liberté d'expression, mais seulement dans la liberté d'agir (allgemeine Handlungsfreiheit selon l'article 2, alinéa 1er*

1610 La dignité humaine est le fondement de l'ordre constitutionnel allemand, aux termes de l'article 1 §1 de la Loi Fondamentale : *« La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger »*. Permettant d'assurer un climat social dans lequel la dignité de chacun est sauvegardée, l'ordre public constitue nécessairement un but légitime.

1611 Pour des exemples récents, voir les décisions du 25 mars 2008 (1, BvR 1753/03, analysée dans la « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand » de Juliette LELIEUR et Claire SAAS, *R.S.C.,* 2009, p. 639) et du 4 février 2010 (1, BvR 369/04, BvR 370/04, BvR 371/04, dans cette même chronique, *R.S.C.*, 2011, p. 690).

1612 Voir supra §393.

1613 BverfG, 22 juin 1982, *BverfGE* 61, p. 1. A ce sujet, Thomas HOCHMANN, « Les limites à la liberté de l' « historien » en France et en Allemagne », op. cit., p. 534.

de la Loi Fondamentale), qui autorise des limitations proportionnelles à un but raisonnable »[1614]. Dans cette optique, la vérité historique vient justifier le nouveau texte.

Cependant, il est une contradiction dans cette position du *Bundesverfassungsgericht* : le §130 alinéa 3 punit non seulement la négation en tant qu'affirmation erronée mais encore la minimisation et l'approbation de la Shoah. Or, minimiser ou approuver, c'est avant tout manifester un avis[1615]. C'est pourquoi, cette disposition doit *a priori* se conformer aux exigences de l'article 5 §2 de la Loi Fondamentale et notamment à la condition, tirée de l'expression *« lois générales »*, selon laquelle l'infraction ne doit pas être dirigée contre une opinion spécifique. Certains prônent alors l'abandon pur et simple de cet élément pour se concentrer sur la proportionnalité[1616]. Mais cette solution ne nous semble pas convenable dès lors qu'elle laisse une part de doute quant à la volonté profonde du législateur : n'essaie-t-il pas de censurer les opinions exprimées ? En toute hypothèse, cette question reste posée.

400. En France, la position constitutionnelle est nettement moins claire, et pour cause, les juges de la rue Montpensier n'ont pas été directement saisis de la loi du 13 juillet 1990, ni par voie d'action, pour des raisons politiques évidentes, ni par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité[1617]. L'exception a bien été soulevée à l'occasion d'un conflit devant les juridictions pénales mais la Cour de cassation a refusé de la transmettre au Conseil constitutionnel[1618]. Jouant son rôle de filtre dans ce mécanisme, la Chambre criminelle devait déterminer si la question qui lui était soumise pouvait être transmise,

---

1614 Béate RUDOLF, « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », op. cit., p. 297.

1615 En ce sens, Stefan HUSTER, « Das Verbot der « Auschwitzlüge », die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht », *NJW*, 1996, p. 488.

1616 Implicitement, Andreas STEGBAUER, « Der Straftatbestand gegen die Auschwitzleugnung — eine Zwischenbilanz », op. cit., p. 284.

1617 Saisine ouverte par l'article 61-1 de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République, *JORF*, 24 juillet 2008, p. 11890.

1618 Cass. crim., 7 mai 2010, QPC, n° 09-80.774, inédit. Pour des commentaires, Anne-Marie LE POURHIET, « Politiquement correct et juridiquement incorrect », *Constitutions*, 2010, p. 366 ; Pascale DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *R.T.D. civ*., 2010, p. 504 ; Pierre DE MONTALIVET, « QPC sur la loi incriminant le négationnisme », *Nouv. Cah. cons. const.*, 2010, p. 256 ; Bertrand DE LAMY, « QPC : refus de transmission », *R.S.C.*, 2011, p. 178.

parce que nouvelle ou sérieuse[1619]. Les plaideurs soutenaient que le délit de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 était contraire, d'une part, au principe de légalité criminelle et, d'autre part, à la liberté d'expression et d'opinion. La Cour a jugé la double interrogation non sérieuse.

Sur la première dimension mettant en cause le renvoi fait par l'article 24 bis à l'article 6c du Statut de Nuremberg, la Cour rappelle que ce texte, qui définit clairement le crime contre l'humanité, a été régulièrement introduit dans l'ordre juridique français. Cette réponse, cohérente, n'appelle pas de commentaire particulier. Sur le second aspect, en revanche, son argumentaire est pour le moins lapidaire : la nouvelle incrimination ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion, et ce, du seul fait de sa formulation : *« mais attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de 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 (...), infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion »*. Outre les suspicions de réticence du juge à l'égard du nouveau mécanisme de contrôle de constitutionnalité[1620], on ne peut que déplorer le laconisme de la motivation dans un domaine aussi important que celui du droit répressif. De plus, l'absence de caractère sérieux, qui permet de disqualifier des questions mal formulées[1621] ou *« manifestement infondées »*[1622], est vraisemblablement discutable. Aucune raison de forme ne justifie le rejet. Quant au fond, on peut légitimement s'interroger sur le manque de

---

1619 Critères définis par l'article 25-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, tel que créé par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (*JORF*, 11 décembre 2009, p. 21379).

1620 Guy CARCASSONNE et Nicolas MOLFESSIS, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010 ; Nicolas MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs* n° 137, 2011, p. 83.

1621 Xavier PRETOT, « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », *J.C.P. éd. S.*, 26 janvier 2010, étude n° 1023.

1622 Pierre DE MONTALIVET, « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Dr. adm.* n° 3, mars 2010, étude n° 6.

clarté du texte quant à la notion de « contestation »[1623]. Surtout, rien dans la décision n'indique en quoi la question n'est pas sérieuse au regard de la liberté d'expression. Plus précisément, aucune explication n'est fournie s'agissant de l'équilibre, précaire, entre la protection de cette liberté et celle de l'ordre public[1624].

401. Une partie de la doctrine a vu dans ce refus de transmission un jugement sur la conformité du texte déféré[1625] et non simplement un filtrage : *« la loi est déclarée constitutionnelle par la Cour de cassation. C'est un jugement au fond »*[1626]. Cette décision, critiquable au regard des attributions des juges et peut-être encore plus au regard du caractère péremptoire de sa formulation, s'inscrit toutefois dans la jurisprudence répressive classique selon laquelle l'article 24 bis ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

B. AU REGARD DU DROIT CONVENTIONNEL

402. Conformément aux règles qui régissent le contrôle de conventionnalité, cette question doit être étudiée non seulement à partir des décisions rendues par les cours nationales dans les deux Etats, mais aussi de l'argumentaire développé par la Cour de Strasbourg saisie à l'issue de l'épuisement des voies de recours internes.

403. En France, malgré le principe de primauté des traités posé à l'article 55 de la Constitution, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour juger de la conventionnalité d'un texte de loi et en laisse le monopole aux juridictions suprêmes des

---

1623 Cf. supra §387.

1624 Jérôme BOSSAN, « La loi Gayssot », op. cit., p. 148.

1625 Ce qui est contraire au monopole du contrôle de constitutionnalité dont est détenteur, par essence, le Conseil constitutionnel.

1626 Position défendue par Paul CASSIA dans une interview d'Alain SALLES, « La Cour de cassation « juge » constitutionnelle la loi sur les crimes contre l'humanité », *Le Monde*, 10 mai 2010.

deux ordres ordinaires[1627]. C'est pourquoi la Cour de cassation s'est prononcée sur la question, estimant que le droit à la liberté d'expression, tel que consacré notamment par l'article 10 de la Convention EDH, n'est pas absolu et peut souffrir certaines limites[1628]. Pour valider le délit de révisionnisme, la jurisprudence interne se fonde sur le §2 de cet article qui dispose :

> « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Etudiant ces conditions une à une, les juges du fond les considèrent généralement réunies. D'abord, la limite apportée à cette liberté est bien d'origine légale puisqu'issue du texte du 13 juillet 1990. Ensuite, la nécessité de cette restriction tient à la fois à la protection de l'ordre, de la morale et des droits d'autrui[1629].

Une première illustration de ce raisonnement nous a été donnée dans la célèbre affaire Faurisson. En l'espèce, la 17ème chambre du tribunal correctionnel de Paris a jugé que l'article 24 bis est *« une nouvelle limite, conforme aux principes généraux du droit, tant national qu'international, dans la mesure où il a toujours été loisible au législateur d'aménager des conditions d'exercice d'une liberté publique pour en empêcher les excès ou les abus »*. Or, *« le respect dû à la mémoire des victimes du nazisme et le rejet total de toute discrimination dont le nazisme fit un de ses principes fondamentaux »* rendent

---

1627 Cons. const., 15 janvier 1975 n° 74-54 DC, dite Interruption volontaire de grossesse (*JORF*, 16 janvier 1975, p. 671).

1628 Voir notamment Cass. crim., 23 février 1993, n° 92-83.478, affaire Guionnet précitée ; *J.C.P. éd. G.,* 1993, IV, 1611 : *« Attendu que les juges (...) font observer que le principe de la liberté d'expression, posé par l'alinéa 1er de l'article 10 de ladite Convention, comporte certaines exceptions prévues par son alinéa 2 et que l'incrimination des infractions, prévues par les articles précités de la loi modifiée du 29 juillet 1881, sanctionne des comportements attentatoires à l'ordre public et aux droits des individus ; que, dès lors, ne sont pas excédées les limites fixées par le second alinéa de l'article 10 précité »*.

1629 *« Non seulement la morale réprouve les idées que véhiculent les révisionnistes mais leur thèse porte atteinte aux droits des victimes de la politique nazie »*. Cf. Carole VIVANT, *L'historien saisi par le droit : contribution à l'étude des droits de l'histoire*, op. cit., p. 424. Dans le même sens, Jacques-Henri ROBERT, « Apologies et provocations de crimes et délits », *JurisClasseur Communication*, fascicule 3170, juillet 2010, p. 14.

complètement nécessaire cette incrimination[1630]. Par la suite, plusieurs décisions ont repris cette analyse. Par exemple, la 11ème chambre de la Cour d'appel de Paris a refusé à un prévenu le bénéfice de l'article 10 de la Convention EDH, rappelant que celle-ci laisse aux Etats le soin de prendre les mesures restrictives à la liberté d'expression en cas de menace à l'ordre public[1631]. Elle a également constaté que l'article 24 bis soumet l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion à des restrictions constituant des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ainsi qu'à la sécurité publique au sens de l'article 10 §2[1632]. De même, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt rendu le 7 janvier 1993[1633], a affirmé que la liberté d'expression revendiquée par les prévenus trouve sa limite dans la protection des fondements d'une société démocratique tels que la lutte contre toute forme de racisme.

404. Outre-Rhin, la Cour constitutionnelle affirme depuis 1983[1634] qu'un recours devant elle ne peut être exclusivement fondé sur la violation, par la législation interne, de normes conventionnelles. Mais il faut se garder d'en déduire un refus définitif de la part des juges de Karlsruhe d'effectuer tout contrôle de conventionnalité. Le fait que la Convention EDH ne puisse constituer le *ratio decidendi* d'une décision n'exclut pas la possibilité de l'utiliser comme source d'inspiration pour définir le contenu et la portée des droits nationaux[1635]. Certes, aucune disposition constitutionnelle ne contient de base

---

1630 Décision du 18 avril 1991 précitée, expliquée par Didier BASTELE, Michel HANOTIAU et Odile DAURMONT, « La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité (2e partie) », op. cit., p. 441.

1631 CA Paris, 21 mai 1992, JurisData 1992-021334 ; Jean-Philippe FELDMAN, « Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17ème chambre du Tribunal de grande instance de Paris (sur trois jugements du 27 février 1998) », *Dalloz*, 1999, p. 11.

1632 CA Paris, 9 décembre 1992, *Légipresse* n° 103, 1993, III, p. 90 et suivantes. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation en reprenant la formulation de l'arrêt Guionnet. Voir Cass. crim., 20 décembre 1994, n° 93-80.267, *Bull. crim*., n° 424, p. 1031, précitée.

1633 CA Aix-en-Provence (7ème chambre), 7 janvier 1993, JurisData 1993-040945.

1634 Décision du 17 mai 1983, 2, BvR 731/80, *BVerfGE*, 64, p. 135.

1635 Sur ce point, Adel LABADI, « Commentaire de l'article de M. Palombino sur l'efficacité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre juridique francais et allemand », **[en ligne]**. Disponible sur http://m2bde.u-paris10.fr/content/commentaire-de-larticle-de-m-palombino-sur-l-efficacit%C3%A9-des-arr%C3%AAts-de-la-cour-europ%C3%A9enne-des (consulté le 9 septembre 2013).

textuelle expresse permettant d'asseoir cette méthode d'interprétation mais la Cour l'a elle-même développée dans une décision de principe du 26 mars 1987[1636]. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur le principe constitutionnel de fidélité et d'ouverture du droit allemand au droit international, intégré dans le préambule et les articles 23 à 26 et 59 de la Loi Fondamentale. Elle en a déduit l'obligation de tenir compte le plus possible du droit international et européen dans l'application et l'interprétation du droit interne.

Cette solution a ensuite été confirmée dans l'importante décision Görgülü du 14 octobre 2004[1637] : *« la jurisprudence de la Cour européenne doit servir d'aide à l'interprétation en vue de définir le contenu et l'étendue des droits fondamentaux et des principes de l'État de droit fixés par la Loi Fondamentale »*[1638]. Concrètement, la Cour constitutionnelle admet la possibilité de sa saisine en indiquant que les droits fondamentaux doivent être interprétés à la lumière des exigences de la Convention EDH. Les voies de recours traditionnelles doivent être utilisées, comme la procédure dite « *Verfassungsbeschwerde* » qui permet de contester un jugement rendu en dernier ressort, par un tribunal ordinaire[1639]. Partant, même s'il n'existe pas en Allemagne de véritable contrôle de conventionnalité[1640], c'est à la fois dans la jurisprudence répressive et la jurisprudence constitutionnelle qu'on doit chercher des éléments de réponse sur la validité de l'incrimination du révisionnisme au regard des règles supranationales.

1636 2, BvR 589/79, BvR 750/81, BvR 284/85, *BVerfGE*, 74, p. 358.

1637 2, BvR 1481/04, *BVerfGE*, 111, p. 307. Pour une explication de ces décisions, Thomas GROH, « Le rôle des juridictions nationales pour l'application effective du droit international – Réflexions sur l'importance des droits individuels pour le principe de *Völkerrechtsfreundlichkeit* », in Evelyne LAGRANGE, André HAMANN et Jean-Marc SOREL (sous la dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Coll. de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, vol. 29, 2012, pp. 155-156. Voir également Céline FERCOT, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regard sur le droit français », *R.F.D.C.*, 2007, pp. 639-665.

1638 Traduction proposée.

1639 Il existe deux autres procédures de saisine de la Cour constitutionnelle : le *Normenkontrollverfahren*, qui lui permet de vérifier la conformité de la législation à la Loi Fondamentale soit sur renvoi préjudiciel d'une autre juridiction (*konkrete Normenkontrolle*), soit à la demande du Gouvernement fédéral, d'un gouvernement de Land ou d'un tiers des membres du *Bundestag* (*abstrakte Normenkontrolle*), et le *Verfassungsstreit* qui est usité lorsque deux ou plusieurs institutions diffèrent sur l'interprétation à donner de la constitution (article 93 Loi Fondamentale).

1640 Michel FROMONT reconnaît que la Convention EDH joue un rôle beaucoup plus important devant les juridictions françaises que devant les tribunaux allemands. Cf. « Die Verfassungsmässigkeitskrontrolle in Deutschland und Frankreich », *Die Öffentliche Verwaltun,* 2003, pp. 542-545.

405. Or, les décisions en matière de négationnisme sont rares et les juges allemands ne se sont jamais explicitement prononcés sur ce point. A plusieurs reprises, ils ont justifié l'application des textes pénaux internes en des termes que l'on pourrait rapprocher de ceux de l'article 10 §2 mais sans jamais y faire référence. Ainsi, Otto Ernst Remer[1641], condamné sur le fondement du §130 alinéa 1 StGB[1642], a vu son pourvoi en cassation rejeté[1643] au motif que cette disposition vise à préserver la paix au sein de la population. Par la suite, son recours constitutionnel a également été déclaré irrecevable, la Cour confirmant cette orientation[1644]. Si l'on est de toute évidence sur le terrain de la nécessité imposée par la Convention EDH, les deux juridictions suprêmes se gardent bien d'aborder clairement cette problématique. Soulignons toutefois que l'affaire Remer est bien antérieure à l'arrêt Görgülü de 2004.

La question sera peut-être clairement posée dans les prochains mois. En effet, une affaire, précisément sur le fondement du §130 alinéa 3 StGB, défraie actuellement la chronique, dont pourraient bientôt être saisies les cours fédérale et constitutionnelle. Un évêque intégriste britannique Richard Williamson est poursuivi pour avoir accordé un entretien à la télévision suédoise en 2009, accessible en Allemagne via le réseau internet. Il y nie l'existence des chambres à gaz et conteste le nombre de Juifs morts dans les camps de concentration. Après une première condamnation par le tribunal de Ratisbonne en 2010[1645], confirmée en appel en juillet 2011[1646], la sentence est annulée en 2012[1647]. Sur une seconde

---

1641 Créateur du *Sozialistische Reichspartei*, parti politique héritier du national-socialisme, et auteur des *Remer-Depesche* dans lesquelles il remettait en cause le nombre de morts à Auschwitz et l'existence des chambres à gaz, il a fui l'Allemagne en 1994 après sa condamnation pour incitation à la haine raciale et est décédé en 1997.

1642 Condamnation, le 22 octobre 1992, par le Tribunal régional de Schweinfurt à un an et dix mois de prison pour incitation à la haine raciale et à la confiscation de diverses publications.

1643 BGH, 16 décembre 1993, 1, ZR 285/91, *NJW* 1994, p. 1071.

1644 BVerfG, 10 février 1994, 2, BvR 2687/93, *StV*, 1994, p. 432.

1645 Tribunal cantonal de Ratisbonne, 16 avril 2010. Voir « Bischof Williamson muss 10.000 Euro Geldstrafe zahlen », *Hamburger Abendblatt*, 17 avril 2010, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.abendblatt.de/politik/deutschland/article1461695/Bischof-Williamson-muss-10-000-Euro-Geldstrafe-zahlen.html (consulté le 10 septembre 2013).

1646 Tribunal cantonal de Ratisbonne en tant que juridiction d'appel, 11 juillet 2011. La culpabilité a de nouveau été affirmée mais l'amende prononcée à l'encontre du prévenu a néanmoins été réduite.

1647 OLG Nuremberg, 22 février 2012. Les juges, intervenant comme instance de révision, ont fait valoir que seule la diffusion en Allemagne, et non l'interview en elle-même donnée à huis clos en Suède,

plainte du parquet pour les mêmes faits, comme l'y a autorisé cette décision, le prélat est de nouveau jugé et sanctionné pour négationnisme en janvier 2013, en raison de l'agitation provoquée par ses propos[1648]. Comme à leur habitude, les juridictions répressives ne font aucune référence à la nécessité imposée par la Convention européenne. Seul le trouble à l'ordre public, indispensable à la qualification, est relevé. Néanmoins, les hautes juridictions n'ont pas – encore ? – été saisies de cette affaire. Si elles le sont, ce sera l'occasion de mesurer la portée des prescriptions de la décision Görgülü.

406. La Commission et la Cour de Strasbourg ont, elles, été saisies de plusieurs procédures allemandes, qui ont permis de déclarer explicitement compatible le §130 StGB avec la Convention. C'est d'abord sur le seul fondement de l'article 10 que l'examen des textes internes a été réalisé[1649]. Les autorités européennes ont vérifié les trois conditions cumulatives : ingérence *« prévue par la loi »*, justifiée par *« des buts légitimes au regard de la Convention »* et *« nécessaire dans une société démocratique »*. Mais rapidement, sur ce dernier critère, le raisonnement a évolué.

La Commission a eu l'occasion de préciser, dans la décision Remer c. Allemagne[1650] à propos de l'alinéa 1 du §130 StGB, que l'atteinte à la liberté d'expression ne peut être motivée que par un *« besoin social impérieux »*. Si cette condition est appréciée par les Etats signataires bénéficiant en la matière d'une certaine marge de manœuvre, un contrôle reste opéré au niveau supranational sur la nécessité et la proportionnalité. Dans cette démarche, relevant que les dispositions litigieuses visent à *« préserver la paix au sein de la*

---

pouvait faire l'objet de poursuites devant les juridictions nationales. Or, l'acte d'accusation ne précisait pas initialement que le contenu de l'entretien était accessible en Allemagne, ni par quel moyen. Cf. « Prozess von Holocaust-Leugner muss neu aufgerollt werden », *Hamburger Abendblatt*, 22 février 2012, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.abendblatt.de/politik/article2194458/Prozess-von-Holocaust-Leugner-muss-neu-aufgerollt-werden.html (consulté le 10 septembre 2013) ; voir également « Négationnisme : la condamnation de l'évêque Williamson annulée en Allemagne », *Le Point*, 22 février 2012.

1648 Tribunal cantonal de Ratisbonne, 16 janvier 2013. Voir « Holocaust-Leugner: Richard Williamson erneut zu Geldstrafe verurteilt », *Der Spiegel*, 16 janvier 2013, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.spiegel.de/panorama/justiz/holocaust-leugner-richard-williamson-zu-geldstrafe-verurteilt-a-877998.html (consulté le 10 septembre 2013).

1649 CEDH, 16 juillet 1982, requête n° 9235/81, X. c. République fédérale d'Allemagne.

1650 Commission EDH, 6 septembre 1995, n° 25096/94, Remer c. Allemagne.

population allemande », la Commission s'est interrogée, s'en y être invitée ni par le requérant ni par le gouvernement allemand, sur l'article 17 de la Convention qui dispose :

> « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »[1651]

Après examen des circonstances de l'espèce au regard de cette interdiction de l'abus de droit, elle a constaté que les juges allemands avaient procédé à un travail approfondi pour poursuivre et condamner Remer. Par ailleurs, elle a jugé que les écrits en cause allaient à l'encontre de valeurs fondamentales prévues au préambule de la Convention, à savoir la justice et la paix, et *« [dénotaient] une discrimination raciale et religieuse »*. La défense de l'ordre, la prévention du crime et la protection de la réputation et des droits d'autrui doivent primer sur la liberté de diffuser ses idées. Les motifs invoqués pour sanctionner le requérant étaient donc pertinents et suffisants ; la condamnation – et par voie de conséquence, l'incrimination – s'avèrait nécessaire. Partant, aucune violation de l'article 10 ne pouvait être retenue, la requête était irrecevable.

Cet argumentaire associant l'article 10 et l'article 17[1652] a par la suite été repris non seulement par la Commission vis-à-vis de l'alinéa 1[1653] du §130 StGB, mais encore par la Cour EDH qui a déclaré l'alinéa 3[1654] conforme aux prescriptions conventionnelles. Il a également été utilisé à l'appui de la conventionnalité de l'article 24 bis de la loi française

---

1651 *« L'article 17 empêche donc une personne de déduire de la Convention un droit de se livrer à des activités visant à la destruction des droits et libertés reconnus par la Convention »*. Ibidem.

1652 Comme l'explique un auteur, l'article 17 prend *« la fonction d'adjuvant interprétatif du droit commun des restrictions aux droits et libertés conventionnels »*. Voir Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *R.T.D.H.*, 2001, p. 557.

1653 Commission EDH, 29 novembre 1995, requête n° 25992/94, N.P.D., Bezirksverband Munich-Oberbayern c. Allemagne.

1654 Sur ce point, CEDH, 20 avril 1999, requête n° 41448/98, Witzsch c. Allemagne. Il est à noter que la condamnation à la base de la saisine s'était fondée sur la protection du respect dû aux défunts (§189 StGB). Néanmoins, les juges allemands avaient procédé à un renvoi au §130 StGB (texte critiqué par le requérant à travers des courriers adressés à certains hommes politiques, dans lesquels il niait également l'existence des chambres à gaz et la cruauté engagée par les nazis à l'égard des victimes) pour entrer en voie de condamnation, ce qui a permis à la Cour de Strasbourg d'étudier et de valider conjointement les deux paragraphes.

du 29 juillet 1881. En témoigne la décision Marais[1655], dans laquelle la Commission s'est contentée d'appliquer, en y faisant renvoi, la position de l'affaire Remer c. Allemagne.

407. Reste que la jurisprudence européenne a suscité maintes critiques fondées sur un manque apparent de cohérence globale de sa part[1656]. En effet, si dans les arrêts précités l'article 17 a servi de principe d'interprétation pour établir la nécessité d'une restriction, les juges ont parfois retenu que tout abus de droit, autrement dit toute violation de l'article 17 lui-même, devait être sanctionné immédiatement et définitivement[1657]. Enfin, certaines décisions ont vu disparaître la référence à la clause d'interdiction de l'abus de droit[1658]. On le comprend, une clarification de la position de la Cour européenne s'impose, qui intervient dans l'affaire Garaudy c. France.

La publication d'un ouvrage remettant en question le sens de l'expression « Solution finale », le nombre des victimes de l'Holocauste ou l'existence des chambres à gaz, peut-elle être couverte par le droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10 de la Convention EDH ? Telle est, en substance, la question posée aux juges de Strasbourg par le philosophe français Roger Garaudy. Ce dernier a fait paraître dès 1995 son livre *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*[1659], dont certains passages réfutent la réalité de la Shoah et attaquent la communauté juive et l'Etat d'Israël. Ces écrits ont entrainé le dépôt de plaintes pour contestation de crimes contre l'humanité, diffamation publique raciale et provocation à la haine, ainsi que l'ouverture d'une information judiciaire pour contestation de crimes contre l'humanité par le parquet de Paris. Poursuivi sur le

---

1655 Commission EDH, 24 juin 1996, requête n° 31159/96, Marais c. France. La Cour EDH a également eu recours à cette combinaison d'articles à propos de l'apologie de crime ou délit de collaboration avec l'ennemi, dans une décision du 23 septembre 1998, requête n° 24662/94, Lehideux et Isorni c. France.

1656 Pour une présentation des critiques, Michel LEVINET, « La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme au négationnisme. Observations sur la décision du 24 juin 2003 Garaudy c. France », *R.T.D.H.*, 2004, pp. 656-657.

1657 Jean-François FLAUSS parle d' *« effet guillotine »* de l'article 17. Cf « L'abus de droit dans le cadre de la CEDH », *R.U.D.H.*, 1992, p. 464. Dans le même sens, Gérard COHEN-JONATHAN, « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Au carrefour des droits : mélanges en l'hommage de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 527.

1658 Pour un exemple, CEDH, 26 septembre 1995, requête n° 1735/91, Vogt c. Allemagne.

1659 Roger GARAUDY, *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*, Ed. La Vieille Taupe, 1995, réédition à compte d'auteur sous la mention R. Garaudy-Samiszdat, 1996, 277p.

fondement de la loi du 29 juillet 1881, Roger Garaudy est condamné au pénal comme au civil. Après épuisement des voies de recours internes, il saisit la Cour européenne pour violation injustifiée de son droit à la liberté d'expression. Notons que l'article 17 est ici explicitement visé au soutien de la requête, tant par l'Etat défendeur que par le requérant. Dans sa décision, le juge européen choisit de rallier une position intermédiaire : l'article 17 est envisagé comme l'instrument de justification de la restriction à la liberté d'expression en matière de diffamation raciale et provocation à la haine (combinaison avec l'article 10) ; en revanche, un usage direct en est fait pour valider la condamnation sur le fondement du révisionnisme. En somme, dès lors que l'Holocauste appartient à la *« catégorie des faits historiques clairement établis »*[1660], *« sa négation ou sa révision sont liberticides au sens de l'article 17 de la Convention européenne »*[1661]. Cette solution, saluée par la doctrine, permet donc d'éclaircir la situation en fixant précisément les limites d'une *« liberté qui, d'ordinaire, fait l'objet d'une valorisation spectaculaire dans sa jurisprudence »*[1662].

408. En définitive, même si les argumentations des diverses juridictions ne sont pas toujours lisibles, le principe est le même : la restriction de la liberté d'expression, induite par les délits définis à l'article 24 bis de la loi française sur la presse et au §130 alinéa 3 du code pénal allemand, est justifiée par la nécessité de sauvegarder la tranquillité sociale et l'ordre public. Qu'on se place sur le terrain du droit national ou du droit international, les motifs tirés de la protection de cette liberté sont vite balayés et les condamnations prononcées, validées au nom de la protection de la dignité humaine et de la lutte contre le racisme.

409. Mentionnons que la décision Garaudy c. France fonde l'incrimination du négationnisme sur la lutte contre le racisme : *« il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les*

1660 CEDH, 29 juin 2004, requête n° 64915/01, Chauvy c. France.

1661 Jérôme BOSSAN, « La loi Gayssot », op. cit., p. 145.

1662 Michel LEVINET, « La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme au négationnisme », op. cit., p. 654.

victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation des 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 ». L'affirmation est claire. Pourtant, en France comme en Allemagne, le doute est persistant quant aux rapports qu'entretiennent le délit de révisionnisme et la lutte contre le racisme. L'ancrage de la répression du négationnisme dans la lutte contre le racisme, s'il est apparent et semble justifié, pose un certain nombre de questions auxquelles ni le législateur ni la jurisprudence n'ont jugé utile de répondre.

§ 3. NEGATIONNISME ET LUTTE CONTRE LE RACISME

410. Côté français, l'origine de cette interrogation est à rechercher dans l'objet même de la loi Gayssot. A bien y regarder, il n'a pas été vraiment déterminé par le législateur ; au contraire, le texte présente une contradiction flagrante. L'article 24 bis a-t-il vraiment été adopté pour servir d'instrument de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ?

L'exposé des motifs et l'intitulé de la loi ne laissent pas de place à l'hésitation. L'un comme l'autre renvoient à l'objectif de lutte contre le racisme dont les manifestations portent atteinte à l'ordre public[1663]. Mais ce but a tout bonnement disparu de l'incrimination de l'article 24 bis. Ce faisant, la volonté de contester les crimes, réprimée par cette disposition, est indifféremment punissable que l'auteur manifeste une position clairement antisémite ou non. Quand bien même les parlementaires ont songé à des polémistes ennemis des Juifs au moment de la rédaction du texte et quoique les premières condamnations en ait frappé certains[1664], le délit reste identiquement constitué que son auteur ait agi par volonté raciste ou pour attirer l'attention sur d'autres martyrs, par

---

1663 *« L'article 9 [de la loi du 13 juillet 1990] – qui condamne la contestation publique du génocide juif – est en effet motivé par le souci général de la proposition de loi de lutter contre le racisme, présenté dans l'exposé des motifs comme « l'une des manifestations de la dégradation de toute vie en collectivité ». Quant au négationnisme, il n'est que l'une des variantes de l'antisémitisme, une autre forme de racisme (...) ».* Cf. Rapport n° 1262 « Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée », présenté par Bernard ACCOYER au nom de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les questions mémorielles, le 18 novembre 2008, p. 26.

1664 Voir notamment l'arrêt CA Paris, 31 octobre 1990 ; *Gaz. Pal.*, 1991, p. 311, note Philippe BILGER.

exemple[1665]. Cette idée est d'ailleurs renforcée par la règle procédurale dérogatoire créée à l'article 48-2 de la loi de 1881, qui rappelons-le[1666], ouvre l'action civile aux associations qui se proposent de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés. Cette disposition exclut formellement les associations dont le but est de lutter contre les différentes formes que peut prendre le racisme[1667]. C'est la raison pour laquelle l'association S.O.S. Racisme a vu l'une de ses actions rejetée par la Cour de cassation[1668]. La Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (L.I.C.R.A.) a, quant à elle, fait procéder à la modification de ses statuts pour pouvoir agir sur le fondement de l'article 24 bis[1669].

411. Parallèlement, certains auteurs invoquent plusieurs décisions rendues au fond, qui montrent que le délit de révisionnisme fait doublon avec d'autres catégories

---

1665 Jacques-Henri ROBERT, « Apologies et provocations de crimes et délits », op. cit., p. 14.

1666 Cf. supra §384.

1667 A l'inverse, en droit commun, la constitution de partie civile est ouverte à *« toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse (...) en ce qui concerne, d'une part, les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et l'établissement ou la conservation de fichiers réprimés par l'article 226-19 du même code, d'autre part, les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, les menaces, les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations qui ont été commis au préjudice d'une personne à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée »* (art. 2-1 C.P.P.).

1668 Cass. crim., 28 novembre 2006, n° 06-80.340, *Bull. crim.*, n° 300, p. 1080.

1669 Sur les constitutions de partie civile de la L.I.C.R.A. après changement, Cass. crim., 21 mai 1996, n° 94-83.370, *Bull. crim.*, n° 209, p. 592 : *« Attendu que pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile de la L.I.C.R.A. du chef de contestation de crime contre l'humanité, l'arrêt énonce que, si cette association a modifié ses statuts en octobre 1992 pour inclure dans son objet la lutte contre la négation des crimes contre l'humanité, ainsi que la défense des intérêts moraux, de l'honneur et de la mémoire des déportés, elle ne remplissait pas, à l'occasion de son intervention, la condition d'antériorité, exigée par l'article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881, pour l'exercice des droits reconnus à la partie civile ; que les juges précisent qu'il résulte de la combinaison dudit article avec les articles 5 et 6 de la loi du 1er juillet 1901 que les fondateurs ou responsables d'une association doivent en avoir déclaré l'objet défini selon le critère légal au moins 5 ans avant la date des faits à raison desquels ladite association entend exercer les prérogatives de la partie civile ; Attendu que, par ces énonciations, la cour d'appel a fait l'exacte application des textes visés au moyen »* ; et Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 04-80.688, *Bull. crim.*, n° 223, p. 796 : *« Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il n'est pas contesté que cette association, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la résistance ou des déportés, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus énoncé ».*

d'infractions[1670]. Il en est ainsi de l'arrêt précité du 9 décembre 1992 rendu par la Cour d'appel de Paris[1671] qui souligne que l'incrimination de contestation de crimes contre l'humanité répond aux engagements pris par la France par son adhésion à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de racisme[1672]. Or, l'article 4 de ce traité stipule :

> « Les Etats parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique (…) ils s'engagent notamment :
>
> a) à déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale (…). »

Le lien est fait entre la contestation des crimes contre l'humanité et les autres incriminations de lutte contre le racisme. Cette même cour a plus tard explicité sa pensée[1673] : *« la contestation des crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus fortes de la diffamation raciale contre l'ensemble des Juifs et de la provocation à la haine à leur encontre »*. Sont donc mêlés, dans le concept de révisionnisme, la diffamation et la provocation qui, si elles sont analysées ensemble, constituent une atteinte à la mémoire des victimes et un mode de diffusion des idées racistes. En d'autres termes, les valeurs protégées par les différentes infractions sont analogues[1674]. Charles Korman en conclut que les catégories construites par la loi de 1990 sur le moule de la loi du 29 juillet 1881 sont *« dépassées et en tout cas fort peu adaptées »*[1675].

1670 Charles KORMAN, « La répression des discours racistes en France », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 396-397.

1671 Références supra note n° 1621.

1672 Convention ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, déjà évoquée §174.

1673 CA Paris (11ème chambre), 16 décembre 1998, affaire Garaudy, *Légipresse* n° 159, 1999, III, p. 31 et suivantes.

1674 Avis partagé par Damien ROETS, « Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme », *Dalloz*, 2004, p. 242.

1675 Charles KORMAN, « La répression des discours racistes en France », op. cit., p. 397.

412. A l'inverse du droit français qui consacre un article spécifique au négationnisme, le législateur allemand a inséré en 1994 ce délit dans le §130 intitulé « *Volksverhetzung* » (incitation à la haine raciale). La pénalisation de ce type de discours se fait par le biais d'une infraction générique d'incitation à la haine raciale qui se décline sous plusieurs formes, dont celle de l'alinéa 3. En apparence, le choix a été fait d'inclure la répression des propos réfutant les actes de génocide perpétrés par les nazis dans une politique criminelle plus large, qui combat les discours haineux contre des minorités. Pourtant, cette première interprétation est, sinon erronée, à tout le moins un peu trop simpliste. Pour comprendre les enjeux de l'élaboration de cette nouvelle incrimination, il faut revenir sur le système pénal antérieur et appréhender les considérations qui ont poussé à une réforme.

Le dispositif créé en 1960 réprimant l'incitation à la haine raciale a évidemment permis de sanctionner certains actes de contestation de la Shoah. Nous retiendrons à titre d'illustration la condamnation, sur le fondement du §130 alinéa 1, d'agitateurs antisémites employant le vocabulaire nazi[1676], avec parfois une très grande virulence[1677]. Néanmoins, ce mécanisme ne permettait d'appréhender que la négation dite « qualifiée » ou aggravée de l'Holocauste, c'est-à-dire assortie d'une provocation à la haine. Restait donc en suspens la problématique de la « négation simple » du génocide (*einfache Auschwitzleungnung*[1678]), celle *« qui n'implique pas une conspiration juive aux fins de berner les Allemands »*[1679], mise en lumière par l'affaire Deckert hautement médiatisée en Allemagne. A l'origine de la controverse, se trouve un discours du président du *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (parti d'extrême droite allemand) lors d'une réunion publique, en faveur du rapport pseudo-scientifique de l'américain Fred Leuchter. Cet écrit, rédigé sous la houlette de Robert Faurisson, remet en cause l'existence des chambres à gaz à Auschwitz, Birkenau et Majdanek, ce qui vaut à son auteur d'être pénalement sanctionné. Mais la Cour fédérale

---

1676 *« Kauft nicht bei Juden »* (*« N'achetez pas aux Juifs »*) : BGH, 14 novembre 1984, 3, StR 449/84, *NStZ* 1985, p. 165.

1677 Qualification de *« parasites »* : BGH, 26 janvier 1983, 3, StR 414/82, *BGHSt* 31, p. 226.

1678 La doctrine allemande emploie l'expression *« einfache Auschwitzlüge »*, littéralement « le mensonge d'Auschwitz ». Ce choix emprunte au vocabulaire révisionniste. A l'instar de Béate RUDOLF, nous lui préférons *« einfache Auschwitzleungung »*. Cf. « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », op. cit., p. 279.

1679 Ibidem, p. 291.

casse la condamnation de Deckert[1680] et affirme que la négation de la Shoah dont il est question ne remplit pas les conditions du §130 StGB, faute pour le tribunal de première instance d'avoir suffisamment caractérisé l'incitation à la haine raciale. Cette décision, interprétée comme un acquittement pur et simple, provoque l'indignation publique en Allemagne et à l'étranger et conduit à l'élaboration de l'alinéa 3 du §130 StGB.

413. Une partie de la doctrine estime que le choix de modifier cet article, et non d'en créer un nouveau, retire toute pertinence à la distinction doctrinale entre négation « simple » (alinéa 3) et négation « qualifiée », c'est-à-dire réalisée dans le cadre d'une exhortation à la haine (alinéa 1)[1681]. A l'appui de cette interprétation, on peut d'ailleurs arguer de la nécessité pour les juges de démontrer dans l'une et l'autre des hypothèses une atteinte à la dignité humaine, pour que la condamnation du prévenu soit suffisamment motivée[1682]. Mais cette posture ne convainc pas à au moins deux égards. D'une part, les sanctions prévues ne sont pas identiques. L'alinéa 3 prévoit la possibilité de sanctionner la négation d'une simple peine d'amende, le cas échéant d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de cinq ans. L'alinéa 1 ne vise lui que l'emprisonnement de trois mois à cinq ans. Cette gradation traduit la volonté de condamner plus sévèrement l'intention spécifique dans ce second type de négation, à savoir susciter le mépris à l'égard d'une minorité. D'autre part, la Cour fédérale a retenu que les deux qualifications n'étaient pas exclusives l'une de l'autre[1683], et ce, malgré le principe constitutionnel *non bis in idem*[1684] qui prescrit qu'un même fait ne peut entraîner une double déclaration de culpabilité. Il n'y a pas une mais au moins deux valeurs sociales atteintes par ces infractions ; les incriminations des alinéas 1 et 3 ne protègent pas le même bien juridique. Mais dans ce cas, comment justifier

---

1680 BGH, 15 mars 1994, 1, StR 179/93, *BGHSt* 40, p. 97.

1681 Hans DAHS, « Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 », op. cit., p. 554.

1682 Si l'atteinte à la dignité est une condition explicite dans l'alinéa 1, elle a disparu de l'alinéa 3. Cependant, comme nous l'avons vu, la jurisprudence l'a consacrée comme un élément déterminant du négationnisme, permettant de le distinguer d'autres formes de réfutations. Cf. supra §390 et §393.

1683 BGH, décision du 12 décembre 2000 précitée.

1684 Article 103 §3 de la Loi Fondamentale : « *Nul ne peut être pénalement puni plus d'une fois pour un même acte.* ».

l'inclusion du négationnisme simple dans la catégorie plus large des délits d'incitation à la haine raciale ?

Une seule certitude donc, le champ d'application de l'alinéa 1 s'étend au-delà de la seule contestation des actes commis au cours de la Seconde Guerre mondiale. C'est un dispositif global qui permet la répression de tous propos visant à développer un sentiment de haine raciale, parmi lesquels les polémiques négationnistes. A l'inverse, l'alinéa 3, spécifique au génocide commis par la puissance national-socialiste, exclut les discours qui porteraient sur d'autres crimes même reconnus comme génocidaires. On peut voir dans cet agencement inédit une conséquence de la « Querelle des historiens » des années 1980[1685], qui reflète la volonté du législateur de composer entre la prise en compte de l'ensemble du passé allemand et la reconnaissance de la spécificité de l'Holocauste[1686].

414. En somme, le choix opéré par le législateur allemand n'est guère plus satisfaisant que celui du Parlement français dans la loi Gayssot. Les rapports entre négation de la Shoah et lutte contre le racisme restent flous et la jurisprudence ne permet pas de trancher la question. La « filiation » du délit de négationnisme n'est pas claire. Cela est d'autant plus frappant que l'atteinte à la mémoire des crimes autres que ceux de la Seconde Guerre mondiale, qui pourrait vraisemblablement constituer une forme d'incitation à la haine raciale tout comme l'est *a priori* la contestation de la Shoah, ne fait pas l'objet d'une pénalisation équivalente, ni en Allemagne, ni en France.

1685 Sur l' *« Historikerstreit »*, supra §§200-203.

1686 Cette idée semble confirmée par la jurisprudence (BGH, 12 décembre 2000, précitée, §68) : *« Le délit du §130 al. 1 StGB protège des groupes de population contre les atteintes directes à la dignité humaine et veut prévenir la mise en marche de dynamiques internes démontrées comme dangereuses. La négation du §130 al. 3 StGB est une forme particulière de délit en raison du caractère unique des crimes commis à l'égard des Juifs sous la domination du national-socialisme ».* (Traduction proposée).

SECTION II.

ATTEINTE A LA MEMOIRE DES AUTRES CRIMES

> « La démocratie, ce n'est pas d'autoriser n'importe qui à dire n'importe quoi sans respect pour les victimes. (…) La démocratie est en droit d'exiger que l'on ne tienne pas des propos offensants par rapport aux valeurs de la République et par rapport aux victimes. Mais je veux, au-delà de la communauté arménienne de France, dire à tous ceux qui ont eu à souffrir dans leur mémoire : regardez bien les Arméniens de France, ce qu'on leur fait ou ce qu'on accepterait qu'on continue à leur faire, un jour on pourrait le faire à d'autres. Parce que la souffrance et la mémoire ne sont que la propriété des Arméniens. On a toujours un Arménien plus Arménien que d'autres, et on peut, dans une longue liste, dire : "puisqu'on a contesté ce génocide, alors on pourra en contester d'autres". »[1687]

415. Si rares sont aujourd'hui les hommes politiques, les historiens ou les philosophes qui contestent la spécificité de l'Holocauste, il n'est pourtant pas question de mettre en doute l'existence d'autres crimes barbares tout aussi importants. De nombreux événements tragiques, commis avant 1933 ou après la chute du III^{ème} *Reich*, entrent dans le champ des infractions internationales par nature, sous la qualification de crimes de guerre, contre l'humanité ou de génocides, tout comme les persécutions perpétuées sur les ordres d'Hitler. Nous pensons au massacre des Arméniens en Turquie au début du XX^{ème} siècle ou encore des Tutsis et Hutus modérés au Rwanda entre le 6 avril et le 4 juillet 1994, mais également à la décolonisation française en Algérie et en Indochine, aux exactions du régime Khmer rouge au Cambodge, aux tueries ayant touché les populations kurdes, les indiens d'Amérique, etc.

1687 Extraits du discours de Nicolas SARKOZY lors de la 97ème commémoration du génocide arménien de 1915, prononcé le 24 avril 2012, place du Canada à Paris, publiée **[en ligne]** sur le site de l'Ambassade de France à Erevan le 26 avril 2012. Disponible sur http://www.ambafrance-am.org/Commemoration-du-genocide-discours (consulté le 25 septembre 2013).

Cependant, force est de constater que les législations répressives allemande et française ne leur accordent pas une place équivalente à celle de la Shoah. Il n'existe pas, pour le moment, de pénalisation interne formelle des atteintes à la mémoire des autres crimes. Les victimes encore vivantes et leurs descendants revendiquent donc, avec plus ou moins d'insistance selon les communautés et au nom de l'égalité devant la loi, une protection de leur mémoire semblable à celle mise en œuvre pour la communauté juive. Ils appellent à une réforme du système en vigueur de part et d'autre du Rhin. Elle pourrait intervenir à la faveur de la transposition de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union, relative à la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal[1688].

§ 1. ABSENCE DE PENALISATION INTERNE FORMELLE

416. Il est un point commun dans les deux législations actuellement en vigueur : aucune ne prévoit d'application du délit de négationnisme au-delà des seuls crimes discriminatoires relevant de la politique nazie exercée de 1939 à 1945. Mais même en l'absence de pénalisation, des orientations divergentes sont tangibles entre l'Allemagne et la France : la première a fait le choix de ne prendre aucune loi spécifique sur le sujet ; la seconde en a adoptées de fort critiquées parce que déclaratives ou, selon l'expression de Jérôme Roux, *« a-normatives »*[1689].

1688 Décision-cadre du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *JOUE* n° L 328, 6 décembre 2008, p. 55, également disponible **[en ligne]** sur http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/;ELX_SES.S.IONID=t8J3TqLXSCKRnT2RsnMc0hpPvZKL112fhpdmXLrG4GSJSpJwqDDr!-1690509470?uri=CELEX:32008F0913 (consulté le 16 septembre 2013).

1689 Jérôme ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi », *Dalloz*, 2012, p. 987.

A. EN ALLEMAGNE : AUCUNE LOI SPECIFIQUE

417. Le législateur a fait le choix de ne pas étendre le dispositif singulier mis en place pour punir le négationnisme « simple »[1690] à la remise en cause d'autres infractions graves à caractère génocidaire. Il a opté pour une stricte limitation du champ d'application du délit de négationnisme, en précisant *« sous la domination national-socialiste »* (*unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*) dans le §130 alinéa 3 StGB. De surcroît, aucune disposition du code pénal allemand ne vise la réfutation ou la minimisation d'autres actes déterminés, commis antérieurement ou postérieurement à la Seconde Guerre mondiale. Par conséquent, outre-Rhin, les textes pénaux n'offrent pas de protection contre les atteintes portées à la mémoire des crimes hormis ceux de la Seconde Guerre mondiale. Aucune loi n'a été élaborée dans ce domaine.

Pour autant, il est envisageable, eu égard à la formulation large de l'alinéa 1 du §130 StGB, de poursuivre les polémistes autres que révisionnistes[1691] pour incitation à la haine raciale analysée comme négation « aggravée ». A de nombreuses reprises, les juges ont eu recours à cette disposition pour réprimer des propos dirigés à l'encontre d'étrangers résidant dans le pays[1692] – notamment des membres de la communauté africaine[1693] –, dans des affaires sans lien avec le III^{ème} *Reich*. Il ne serait pas irréaliste de retenir son application en présence de propos réfutant l'existence et/ou l'ampleur du génocide rwandais par exemple, dès lors que les deux conditions cumulatives (atteinte à la dignité humaine et potentiel trouble à l'ordre public) seraient satisfaites.

Au surplus, les juges allemands n'hésitent pas à recourir à une autre infraction, le dénigrement du souvenir des morts[1694] défini au §189 StGB, pour sanctionner de tels

---

1690 Sur la distinction entre le négationnisme « simple » et le négationnisme « aggravé », supra §§412-413.

1691 Ce terme doit être ici entendu dans son sens strict, comme la remise en question de la Shoah.

1692 Ainsi, la phrase *« il faudrait vous gazer, vous les étrangers, comme les Juifs »* entre dans le champ de cette incrimination. OLG Hambourg, 18 juin 1980, 1, Ss 37/80, *MDR* 1981, p. 71.

1693 Pour la qualification des Africains de *« primitifs, sans culture et sous-développés »*, OLG Hambourg, 18 février 1975, 2, Ss 299/74, *NJW* 1975, p. 1088. De même, pour la représentation d'un homme noir et d'une femme blanche avec le sous-titre *« métissage = génocide »*, OLG Zweibrücken, 24 juin 1994, 1, Ss 80/94, *NStZ* 1994, p. 490.

1694 §189 StGB : *« Wer das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. » ; « Celui qui dénigre la mémoire d'un défunt sera puni d'une*

discours. La Cour administrative d'appel de Berlin a ainsi interdit en 2006[1695] à des manifestants turcs de nier l'existence du génocide arménien, sur le fondement de ce texte.

418. Hors champ pénal, il convient de s'intéresser à une intervention originale du *Bundestag* en juin 2005[1696], qui a adopté une résolution sur le massacre des Arméniens de 1915. Par cet acte, il réclame *« un arrangement (...) entre Turcs et Arméniens par la réconciliation et le pardon pour la responsabilité historique »* turque et affirme *« [déplorer] les actes du Gouvernement Jeune Turc de l'empire ottoman qui ont conduit à l'anéantissement quasi-total du peuple arménien en Anatolie »*. Il déclare également regretter *« le rôle peu glorieux du Reich allemand qui, face aux informations multiples sur l'expulsion et l'élimination organisée des Arméniens, n'a rien entrepris pour mettre un terme à ces atrocités »*. Les parlementaires allemands demandent aussi à Berlin d'œuvrer à ce que *« la Turquie normalise immédiatement ses relations bilatérales avec l'Arménie »*. Enfin, ils encouragent les *Länder* à *« contribuer par leur politique éducative à ce que la recherche sur l'expulsion et l'anéantissement des Arméniens – partie de l'étude de l'histoire des conflits ethniques du XX^{ème} siècle – se poursuive aussi en Allemagne »*[1697]. En d'autres termes, c'est sur le terrain politique que le législateur a pour le moment choisi d'agir en matière de protection de la mémoire de ce crime.

Le recours à la technique de la résolution, définie comme l'expression d'une opinion sur un sujet d'intérêt général n'ayant aucune portée contraignante pour le gouvernement et les autorités juridictionnelles, n'est pas anodin. Ce texte, s'il est purement déclaratoire, a une valeur symbolique forte. C'est un pas certain vers la reconnaissance par l'Allemagne de

---

peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans ou d'une peine d'amende. » (Traduction proposée).

1695 Arrêt du 17 mars 2006, 1, S 26/06.

1696 Résolution n° 15/5689 en date du 15 juin 2005, intitulée « l'Allemagne doit contribuer à la réconciliation entre les Turcs et les Arméniens » (« *Deutschland muss zur Versöhnung zwischen Türken und Armeniern beitragen* »), disponible en versions allemande et anglaise **[en ligne]** sur http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.339/current_category.7/affirmation_detail.html (consulté le 16 septembre 2013).

1697 Extraits traduits dans le Rapport n° 1262 « Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée », op. cit., p. 24.

l'existence de crimes qualifiables génocidaires en Turquie[1698], même si le terme « génocide » n'est employé que dans l'exposé des motifs. Certains l'assimilent au geste de Willy Brandt s'agenouillant devant le mémorial dédié aux victimes du nazisme à Varsovie en 1970[1699], mais les mêmes jugent cette intervention insuffisante puisque non suivie de conséquences juridiques[1700]. Aucune législation spécifique ne permet de poursuivre sur le territoire germanique les personnes glorifiant la politique du gouvernement « Jeune Turc » ou réfutant les atrocités dont il s'est rendu coupable, d'autant que le parlement allemand n'affirme pas clairement qu'il s'agit d'un génocide au sens du §6 VStGB. Concrètement, il renvoie à la Turquie le soin de régler la question et écarte toute prescription de politique mémorielle pénale pour ne viser que la politique de reconnaissance et de commémoration, notamment au travers des programmes scolaires.

419. Ce positionnement permet indéniablement d'éviter les reproches tirés de l'imposition par l'Etat d'une vérité historique figée par la menace de condamnation judiciaire[1701]. En cela, par comparaison, les orientations françaises sont opposées.

1698 *« Cet acte de mémoire et de vérité grandit le peuple allemand »*. Déclaration d'Hilda TCHOBOIAN, Présidente de la Fédération euro-arménienne pour la justice et la démocratie, « Allemagne : premiers pas vers la reconnaissance du génocide arménien », article publié le 19 juin 2005 par le Comité de défense de la cause arménienne, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.cdca.asso.fr/s/detail.php?r=9&id=329 (consulté le 16 septembre 2013).

1699 Geste évoqué supra §194.

1700 En ce sens, la pétition lancée par le mouvement international de mobilisation sur internet dit « AVAAZ », intitulée « Allemagne, prends tes responsabilités », **[en ligne]**. Disponible sur https://secure.avaaz.org/de/petition/Deutschland_steh_zu_deiner_Verantwortung_Anerkennung_des_Volkermords_an_den_Armeniern_und_Aramaern/ (consulté le 16 septembre 2013).

1701 D'ailleurs, c'est aussi sous la forme de résolutions que le Parlement européen a entendu aborder la question arménienne par deux fois, en juin 1987 (Résolution du 18 juin 1987 sur une solution politique de la question arménienne, *JOCE* n° C 190, 20 juin 1987) et octobre 2001 (Résolution du 25 novembre 2001 sur le rapport régulier 2000 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion (COM(2000) 713 - C5-0613/2000 – 2000/2014(COS)), *JOCE* n° C 112, 9 mai 2002). Il invitait à la reconnaissance publique par les hautes instances turques de leur responsabilité, à l'apaisement des relations entre la Turquie et l'Arménie et à l'instauration dans les Etats européens d'une journée de commémoration, sans les obliger à agir par la voie législative, *a fortiori* pénale.

B. En France : des lois « a-normatives »

420. A l'heure actuelle, aucune incrimination ne sanctionne la négation des crimes hormis ceux de la Seconde Guerre mondiale (article 24 bis de la loi sur la presse). Pourtant, dans les années 2000, le Parlement français a adopté plusieurs textes qui ont trait à la mémoire et que l'on nomme communément « lois mémorielles ».

421. Arrêtons-nous un moment sur cette notion apparue en 2005 et aujourd'hui passée dans le langage courant, dont les contours sont troubles et polémiques[1702]. *Primo*, le vocabulaire ne fait pas consensus. Doit-on parler de « lois mémorielles », « lois de mémoire », *« lois historico-mémorielles »*[1703] ? Ces termes sont-ils synonymes ? *Secundo*, on peine à trouver une définition univoque et définitive de la notion. Une encyclopédie virtuelle très populaire indique péremptoirement qu'est loi mémorielle la loi *« déclarant, voire imposant, le point de vue officiel d'un Etat sur des événements historiques »*[1704]. Dans la littérature scientifique, certains retiennent l'acception stricte selon laquelle la loi mémorielle n'a pour rôle que d'affirmer la réalité d'un événement passé[1705]. D'autres estiment que le dénominateur commun tient non seulement à la qualification officielle d'événements historiques mais aussi à certaine injonction au devoir de mémoire et à la reconnaissance victimaire : *« le législateur prend expressément parti en faveur d'une version de l'histoire et de la mémoire »*[1706].

En réalité, on a coutume de cerner les lois mémorielles par l'énumération des textes dignes de cette appellation. Dans la plupart des écrits, il s'agit de la loi Gayssot[1707] et de

---

1702 De cet avis, Kenneth Bertrams et Pierre-Olivier De Broux, « Du négationnisme au devoir de mémoire. L'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », in Guy Haarscher et Benoît Frydman, *Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles n° 35, 2008, p. 76.

1703 Johann Michel, *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, P.U.F., 2010, p. 187.

1704 http://fr.wikipedia.org, « Loi mémorielle ».

1705 Marc Frangi, « Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005, p. 251.

1706 Johann Michel, *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, op. cit.

1707 *Contra*, Marc Frangi qui lui réfute la qualité de loi mémorielle : *« la loi mémorielle ne prévoit aucun mécanisme de sanction, d'indemnisation ou de délivrance d'un titre quelconque. Elle a donc pour seul objet de constater un fait, que la société considère comme étant historique, à la fois par consensus et*

trois textes postérieurs[1708]. Le premier[1709] énonce en un article unique que *« la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 ».* Le deuxième[1710] reconnaît la traite négrière et l'esclavage, 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 contre l'humanité. Enfin, la loi du 23 février 2005[1711] exprime la reconnaissance par l'Etat des souffrances endurées par ses ressortissants rapatriés, anciens membres des formations supplétives et assimilés, disparus et victimes civiles et militaires des événements liés au processus d'indépendance en Algérie, au Maroc, en Tunisie, en Indochine et dans les territoires placés antérieurement sous sa souveraineté, ainsi que par leur famille.

422. Cependant, la composition de ce corpus juridique semble bien arbitraire.

D'une part, ces quatre normes ne sont pas les seules à avoir porté, d'une manière ou d'une autre, une appréciation sur des périodes ou des acteurs de l'histoire. Nous pensons par exemple à une loi du 11 juin 1994 par laquelle *« la République témoigne sa reconnaissance envers les rapatriés anciens membres des formations supplétives et*

---

par la qualification qui lui est donnée par les historiens, sans réprimer la méconnaissance ou l'indifférence éventuelle du public vis-à-vis de l'événement ainsi reconnu » (Cf. « Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », op. cit., p. 251).

1708 Voir notamment le dossier « Les lois mémorielles » en date du 23 juin 2006, La Documentation française, disponible **[en ligne]** sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000078-loi-et-memoire/les-lois-memorielles (consulté le 16 septembre 2013).

1709 Loi n° 2001-70 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, 29 janvier 2001, *JORF*, 30 janvier 2001, p. 1590.

1710 Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 dite « Taubira », tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, *JORF*, 23 mai 2001, p. 8175.

1711 Loi n° 2005-158 dite « Mekachera », portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *JORF*, 24 février 2005, p. 3128. L'article 4 al. 2, qui 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 »*, a été déclassé par le Conseil constitutionnel parce que relevant du domaine règlementaire (Décision n° 200-203 L du 31 janvier 2006, *JORF*, 2 février 2006, p. 1747). Cette disposition a par la suite été abrogée par le décret n° 2006-160 du 15 février 2006 (*JORF*, 16 février 2006, p. 2369). Sur la polémique autour de cet article et ces incidences, Sébastien LEDOUX, *Le « devoir de mémoire » à l'école – Essai d'écriture d'un nouveau roman national*, Sarrebrück, Editions universitaires européennes, 2011, pp. 58-59.

assimilés ou victimes de la captivité en Algérie »[1712]. De même, le législateur est intervenu en juillet 2000 pour instaurer une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux Justes de France[1713]. Par là, il a reconnu solennellement la responsabilité de l'Etat dans la déportation. Ces deux textes sont généralement ignorés de la doctrine qui ne les considère pas comme « mémoriels » à proprement parler[1714]. Mais cette exclusion, inexpliquée, ne se justifie pas. La loi de 1994 reconnaît les souffrances subies par un groupe de personnes, comme le fera la loi dite « Mekachera » onze ans plus tard. Quant à la loi de 2000, elle vise explicitement la « mémoire des victimes » et a pour but manifeste de consacrer une certaine vision du passé. Ces deux normes s'inscrivent visiblement dans le cadre d'une « politique mémorielle », entendue au sens d' *« art officiel de gouverner la mémoire publique »*[1715].

D'autre part, la doctrine, qui amalgame les textes de 1990, 2001 et 2005, s'accorde parallèlement sur la nécessité de traiter différemment la loi Gayssot. Même si beaucoup considèrent que cette dernière a ouvert la boîte de Pandore[1716], elle n'est pas frappée de *« faillite normative »*[1717] à l'inverse de toutes les autres. Elle prévoit, dans son article 9, une règle et une sanction afférente. Elle ne se contente pas de « déclarer » ou de « reconnaître », comme le font les autres dispositions que l'on taxe souvent d'être bavardes

---

1712 Art. 1er de la loi n° 94-488 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie, *JORF*, 14 juin 1994, p. 8567.

1713 Loi n° 2000-644, 10 juillet 2000, *JORF*, 11 juillet 2000, p. 10483, complétée par un décret d'application n° 2002-994 du 11 juillet 2002, *JORF*, 16 juillet 2002, p. 12129.

1714 *Contra*, Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 96 et suivantes, qui reconnaît la loi de 2000 comme une loi historico-mémorielle. Dans le même sens, Rapport n° 1262 « Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée », op. cit., pp. 25-33. Ce rapport vise aussi la loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 (*JORF*, 20 octobre 1999, p. 15647, précitée note n° 1170) par laquelle le législateur a substitué à l'expression *« aux opérations effectuées en Afrique du Nord »* l'expression *« à la guerre d'Algérie et aux combats en Tunisie et au Maroc »* dans le Code des pensions militaires d'invalidité et dans le Code de la mutualité.

1715 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 16.

1716 De cet avis, Françoise CHANDERNAGOR, compte rendu de la table ronde du 14 octobre 2008 sur le thème « Le rôle du Parlement dans les questions mémorielles », annexé au rapport d'information n° 1262 précité, p. 392. En effet, la mémoire de la Shoah, ainsi protégée, est devenue *« un modèle jalousé, donc à la fois récusé et imitable »* (Henry ROUSSO, « Mémoires abusives », *Le Monde*, 24 décembre 2005).

1717 Expression de Patrick FRAISSEIX, « Le droit mémoriel », *R.F.D.C.*, 2006, p. 490.

parce qu'elles créent un droit *« mou »*, *« gazeux »*[1718]. La loi Gayssot ne peut être assimilée à ces *« lois de bons sentiments »*[1719] qui énoncent comme vrai ou réel un fait survenu sans établir de droit, d'obligation ou d'interdit[1720]. D'ailleurs, on peut douter de la légitimité de considérer ces actes comme des lois véritables puisque, selon le Conseil constitutionnel, pour mériter ce « label », un texte voté par le Parlement doit être le support d'une règle abstraite, générale et contraignante[1721]. Il doit revêtir une portée normative de régulation et d'organisation des rapports sociaux, ce qui n'est pas le cas des dispositions de reconnaissance d'un crime ou d'une souffrance, purement déclaratoires. La reconnaissance, si elle est révélatrice de la maturation politique d'une société, n'agit que sur le terrain moral sans prolongement juridique[1722]. Tout au plus peut-on rapprocher ces textes de la définition politique de la loi comme *« volonté concrète »* et *« acte de souveraineté »*[1723].

1718 Pierre MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *J.C.P. éd. G,* 2005, actualité n° 70.

1719 Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs* n° 114, 2005/3, pp. 41-42.

1720 L'article 5 de la loi dite « Taubira » fait exception. Il ouvre aux associations de plus de cinq ans d'existence et ayant pour objet la défense de la mémoire des esclaves ou de l'honneur de leurs descendants, l'action civile, notamment en cas d'injures ou de discriminations à caractère raciste (modification de l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse). Est mise en place une sanction civile en cas de négation de la mémoire de l'esclavage. Johann MICHEL y voit même un *« délit civil de négationnisme »* (*Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, op. cit., p. 188). L'article 5 de la loi dite « Mekachera » apparaît également comme porteur d'interdiction, mais il n'a en pratique aucune effectivité, nous le verrons.

1721 Notamment Cons. const., 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (*JORF*, 24 avril 2005, p. 7173), considérant 8 : *« Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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 ».* Même formulation en matière mémorielle dans la décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012 (*JORF*, 2 mars 2012, p. 3988) sur laquelle nous reviendrons dans le détail (infra §425)

1722 La jurisprudence a eu l'occasion de le confirmer à propos de la loi du 21 mai 2001 dans un arrêt Cass. crim., 5 février 2013, n° 11-85.909 (précitée note n° 1524) ; Pierre EGEA, « Lois mémorielles, fin de partie », *Dalloz*, 2013, p. 805). Dans le même sens, à propos de la loi de reconnaissance du génocide arménien, Jean-Paul JEAN écrit : *« la loi du 29 janvier 2001, purement déclarative et minimaliste, constitue uniquement un message adressé aux victimes »*. (« La mémoire du crime dans les deux lois de déclaration relatives au génocide arménien et à l'esclavage », in *La mémoire et le crime*, op. cit., p. 186). L'auteur fait remarquer que même sur le plan civil, les juges dénient à cette loi toute portée (Ibidem, pp. 187-188). Voir notamment TGI Paris, 15 novembre 2004, entièrement confirmé par CA Paris, 8 novembre 2006 (décisions expliquées par Jean-Baptiste RACINE, « L'absence de caractère manifestement illicite de la négation du génocide des Arméniens », *Dalloz*, 2007, p. 851).

1723 Définition de Carl SCHMITT reprise par Marc FRANGI, « Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », op. cit., p. 245.

423. En fin de compte, on accorde peut-être trop d'importance à cette fameuse notion de « lois mémorielles ». Toutes les lois abordant de près ou de loin la mémoire d'événements historiques ne méritent-elles pas cette qualification ? Et au-delà, est-elle vraiment utile ? Rien n'est moins sûr puisqu'elle ne permet pas la distinction et la classification des textes en fonction de leur substance et de leur degré de coercition.

Plus intéressante est la typologie que l'on peut construire à l'intérieur de cette catégorie générique : d'un côté, la loi normative authentiquement répressive, et de l'autre, le texte purement déclaratif[1724]. La première va engendrer une sanction pénale en cas de transgression. Quant au second, il ne fait qu'énoncer la reconnaissance d'un fait historique. Notons que la loi de 2005 semble, à première, vue, à la frontière entre ces deux « espèces ». D'apparence anormative, elle prévoit tout de même dans son article 5 l'interdiction de *« toute injure ou diffamation commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki, d'ancien membre des formations supplétives ou assimilés »* et de *« toute apologie des crimes commis contre les harkis et les membres des formations supplétives après les accords d'Evian ».* Néanmoins, les peines induites par ces comportements ne sont pas fixées et aucun renvoi n'est fait aux articles du Code pénal ou de la loi sur la presse relatif à l'injure, à la diffamation ou à l'apologie des crimes. La portée de cette disposition en est donc grandement diminuée. En clair, à l'exception de la loi du 13 juillet 1990, toutes les autres relèvent de la proclamation. Elles n'instaurent aucune forme de délit[1725] de mémoire.

424. On remarque que ces lois déclaratives sont très proches de la résolution du *Bundestag* de 2005[1726]. Alors pourquoi avoir usé de l'instrument législatif ? La réponse est à chercher dans l'histoire parlementaire française. La multiplication des lois déclaratives est une conséquence, somme toute assez logique, de la limitation en 1958 des pouvoirs du législateur, caractérisée par un encadrement très strict des actes non normatifs votés par lui.

1724 En ce sens, Michel ZAOUI, « Droit et histoire », *Controverses* n° 2, juin 2006, pp. 49-51.

1725 Au sens pénal du terme, par opposition au « délit civil » dont parle Johann MICHEL.

1726 Etudiée précédemment §418.

En réaction aux pratiques des III^{ème} et IV^{ème} Républiques[1727] et conformément aux principes directeurs du parlementarisme rationnalisé, le Constituant a choisi de mettre un terme à ces dérives en supprimant la possibilité d'adopter des déclarations sur des sujets importants par le biais de résolutions. La Constitution étant initialement muette sur ce point, les deux chambres ont tenté de réintroduire cette procédure dans leurs règlements respectifs mais elles se sont heurtées au Conseil constitutionnel qui a fermement fixé cette restriction[1728]. Partant, pendant près de cinq décennies, rares ont été les propositions de ce type jugées recevables[1729]. Il a ainsi fallu attendre 1992[1730] puis 2008[1731] pour voir la résolution réintégrée dans le giron du Parlement au travers des articles 88-4 (définition d'une position sur les textes de l'Union européenne) et 88-6 (résolutions adoptées en matière communautaire) de la Constitution. Comme l'explique Erwann Kerviche, les avantages escomptés de cette limitation se sont avérés bien minces comparés aux inconvénients qui en sont résultés. En effet, *« la quasi-impossibilité dans laquelle a été placé le Parlement de faire connaître son opinion sur des questions débordant le domaine de la loi par l'adoption de textes non normatifs »* constitue *« l'une des causes de l'état dans lequel se trouve ce malade au chevet duquel n'a de cesse de se pencher la doctrine : la qualité de la loi »*[1732].

Prenant conscience des désagréments causés par cette situation, le Président de la République Nicolas Sarkozy a décidé, en 2008, de la création d'un groupe de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème}

1727 A cette époque, les propositions de résolutions formulées par les assemblées parlementaires constituaient souvent des moyens détournés de mise en cause de la responsabilité du gouvernement, qui engendraient une grande instabilité politique.

1728 Deux décisions n° 59-2 DC du 19 juin 1959 et n° 59-3 DC du 25 juin 1959, relatives respectivement aux règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat (*JORF*, 3 juillet 1959, p. 6642 et p. 6643).

1729 Il s'agissait surtout de mesures et décisions ayant trait à l'organisation du fonctionnement des chambres. Voir Jean-Luc WARSMANN, Rapport n° 892 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2008, p. 243.

1730 Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », *JORF*, 26 juin 1992, p. 8406.

1731 Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF*, 5 février 2008, p. 2202.

1732 Erwann KERVICHE, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », *R.D.P.*, 2009, p. 1052.

République. Ce comité, dit « Comité Balladur », a entendu *« permettre au Parlement d'exercer la fonction « tribunitienne » utile au fonctionnement de toute démocratie »*[1733], en rétablissant un plein pouvoir de résolution parlementaire. Son travail a conduit à l'adoption par le Congrès, le 21 juillet 2008, d'une loi constitutionnelle insérant un nouvel article 34-1 dans la norme fondamentale. Désormais, les assemblées peuvent voter des résolutions[1734] mais ce pouvoir est encadré. L'alinéa second prévoit que sont irrecevables les propositions de résolution qui contiennent des injonctions à l'égard du gouvernement ou sont susceptibles de mettre en cause sa responsabilité. La doctrine a salué cette faculté réintégrée qui, loin de *« décrédibiliser le Parlement en le détournant de ses missions de délibération, de vote de la loi et de contrôle de l'action gouvernementale »*[1735], lui permet de *« s'exprimer sans emprunter les habits du législateur »*[1736]. Cela sauvegarde – devrait-on dire « rétablit » – la portée normative de l'acte législatif. Par conséquent, la politique mémorielle du Parlement devrait maintenant s'épanouir par le vecteur de l'article 34-1, tout recours à la loi étant *de facto* inconstitutionnel.

425. Si l'anormativité des lois déclaratives est incontestable, d'autres propositions d'une nature bien différente ont été discutées par le Parlement. En effet, *« du point de vue mémoriel, (…) l'adoption de la loi d'incrimination constitue un objectif »*[1737]. Dans cette optique, peuvent être relevées plusieurs initiatives en vue d'étendre la pénalisation du négationnisme[1738] notamment à la réfutation du génocide des Arméniens de 1915, mais qui

---

1733 Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, La Documentation Française, 2007, p. 57.

1734 Sous réserve de satisfaire les conditions procédurales fixées dans la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution (*JORF*, 16 avril 2009, p. 6528).

1735 Jean-Luc WARSMANN, Rapport n° 892 précité, pp. 245-246.

1736 Erwann KERVICHE, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », op. cit., p. 1053.

1737 Jérôme BOSSAN, « La loi Gayssot », op. cit., p. 154.

1738 Voir le tableau présenté par Christophe MASSE, Rapport n° 3014 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, enregistré par la présidence de l'Assemblée nationale le 10 mai 2006, p. 16.

Avant le vote de la loi de 2001, les tribunaux français ont eu à décider si la contestation du génocide arménien pouvait entrer dans le champ des prescriptions de l'article 24 bis de la loi sur la presse, dans

n'ont pas abouti. Deux amendements avaient déjà été repoussés au moment du vote de la loi de 2001. Par la suite, des propositions ont été déposées[1739], consistant à ajouter un second alinéa à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 pour punir ceux qui contesteraient, par l'un des moyens énoncés à l'article 23 de ladite loi, l'existence de ces crimes. L'Assemblée nationale, qui a voté en faveur de cette réforme le 12 octobre 2006, l'a complétée d'un article de procédure relatif à l'ouverture de l'action civile aux associations qui défendent les intérêts moraux et l'honneur des victimes. Mais le texte a été bloqué devant le Sénat, sous la pression gouvernementale.

Plus récemment, une proposition de loi condamnant la négation des génocides reconnus par l'Etat français, dont celui des Arméniens, a passé le cap du vote en termes identiques par les deux chambres[1740] mais n'a pu être promulguée. Provoquant le mécontentement de la Turquie et de vives controverses dans les rangs parlementaires, cette loi a été déférée par saisine *a priori* au Conseil constitutionnel, qui l'a censurée le 28 février 2012 : *« Considérant (...) 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 »*[1741]. Le Conseil a retenu que la portée du texte qui lui était soumis

---

l'affaire Bernard Lewis. Cet historien spécialiste de la Turquie avait déclaré, dans une interview au journal *Le Monde* publiée le 16 novembre 1993 : *« si l'on parle de génocide, cela implique qu'il y ait eu une politique délibérée, une décision d'anéantir systématiquement la nation arménienne. Cela est fort douteux ».* Plusieurs associations avaient agi en justice à son encontre, dont une par la voie pénale mais le TGI de Paris devait très logiquement relaxer le prévenu, estimant que la double référence aux articles 6 et 9 du Statut du TMI de Nuremberg excluait *« de la protection contre la contestation, instituée par la loi, tous les autres crimes contre l'humanité, comme, en l'espèce ceux dont a été victime le peuple arménien en 1915 »* (décision du 18 novembre 1994, expliquée par Jean-Paul JEAN, « Les deux lois de déclaration relatives au génocide arménien et à l'esclavage », op. cit., p. 189).

1739 Propositions de loi déposées par Philippe PERMEZEC le 14 janvier 2004, au nom des députés UMP et UDF, et par Didier MIGAUD les 8 juin 2004 et 12 avril 2006, au nom des députés PS et apparentés.

1740 Le texte, intitulé « Proposition de loi portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien », a été voté en termes identiques le 22 décembre 2011 à l'Assemblée nationale et le 23 janvier 2012 au Sénat, dans les deux cas, à une large majorité. Il s'agit d'une première tentative de transposition de la décision-cadre 2008/913/JAI étudiée dans le paragraphe suivant.

1741 Décision n° 2012-647 DC précitée, considérant 6. Pour des analyses, Sabrina LAVRIC, « Loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi : censure du Conseil constitutionnel », *Dalloz actualité*, 1er mars 2012 ; Jacques FRANCILLON, « Pénalisation de la contestation de l'existence d'un génocide reconnu par la loi », *R.S.C.*, 2012, p. 179 ; Rémi GRAND, « Première loi mémorielle devant le Conseil constitutionnel, première censure », *A.J.D.A*, 2012, p. 411. Les juges étaient saisis sur le fondement d'autres principes tels que la légalité criminelle et la nécessité des peines, le principe

dépassait la simple reconnaissance d'un crime de génocide mais l'a déclaré inconstitutionnel car portant une atteinte excessive à l'une des libertés individuelles fondamentales. Dans son commentaire, il justifie cette motivation succincte et laconique par une *« double préoccupation »*[1742] : ne pas *« entrer dans le domaine de compétence qui est celui des historiens »* ni *« préjuger de la conformité à la Constitution des autres dispositifs répressifs visant d'autres formes de négationnisme »*[1743].

426. Le paradoxe est grand. Alors que la doctrine fustige les lois en vigueur comme inacceptables et que la protection de la mémoire est au cœur des discours politiques[1744], les textes en ce sens n'ont connu que l'échec, soit au stade parlementaire, soit au stade constitutionnel au nom de la liberté d'expression.

---

d'égalité, la séparation des pouvoirs et la compétence restreinte du législateur, ou encore la liberté de la recherche et la liberté d'activité des partis. Ils ont considéré ne pas avoir à examiner ces griefs après disqualification du texte sur le fondement de la liberté d'expression et de communication.

1742 Commentaire de la décision du 28 février 2012, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012647DCccc_647dc.pdf (consulté le 20 août 2013), p. 12.

1743 D'ailleurs, non seulement le Conseil a refusé de se pencher sur les dispositions pénales réprimant le négationnisme (article 24 bis de la loi de 1881) mais encore sur des dispositions non répressives. Pourtant, le texte déféré devant le Conseil faisait renvoi express à la loi mémorielle de 2001 sur la reconnaissance du génocide arménien. Les sages auraient pu étendre leur contrôle à la loi à laquelle il était renvoyé. On sait en effet que, depuis 1985, le Conseil accepte d'étendre le contrôle de constitutionnalité à une loi déjà promulguée lorsque sont soumises à son examen des dispositions législatives qui *« la modifient, la complètent ou affectent son domaine »* (décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi instaurant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 26 janvier 1985, p. 1137). Il n'hésite pas à faire application de cette faculté (voir pour un exemple la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 16 mars 1999, p. 4234 ; *Dalloz,* 2000, p. 116, obs. ROUJOU DE BOUBEE ; *R.T.D. civ.,* 1999, p. 724, obs. MOLFESSIS, où pour la première fois, le Conseil a déclaré une loi, en vigueur depuis quatorze ans, contraire à la Constitution). Sans doute a-t-il jugé plus raisonnable d'éviter les censures en cascade qui auraient pu provenir d'un examen des textes déjà en vigueur. En outre, cela lui a permis de neutraliser la disposition répressive tout en préservant la valeur symbolique de la loi de 2001, position certainement plus « politiquement correcte ».

1744 Rappelons les positions concordantes de Nicolas SARKOZY (*« Je mesure l'immense déception et la profonde tristesse de ceux qui avaient accueilli avec reconnaissance et espoir l'adoption de cette loi »*) et de François HOLLANDE (*« Je veux dire ici toute ma solidarité aux Arméniens de France parce que je sais ce qu'ils attendaient »*), lors de la campagne pour les élections présidentielles de 2012. Propos repris par Félix ROME, « Toute loi « mémorielle » est-elle un mal en soi ? », *Dalloz*, 2012, p. 601.

On peut alors regretter que la loi Gayssot ne soit pas parvenue, par le biais de la question prioritaire[1745], sur le bureau des juges de la rue Montpensier. Serait-elle à son tour censurée ? Peu de risques, et ce, pour au moins deux raisons : la première, d'ordre social, tient au tollé que cela provoquerait dans l'opinion ; la seconde, plus juridique, tient à la comparaison des deux textes en question. Il est évident que la loi de 2012 était beaucoup plus large que celle de 1990, puisqu'elle permettait la répression de toute contestation ou minimisation des crimes de génocide qu'aurait reconnus ou viendrait à reconnaître le législateur. Si atteinte excessive à la liberté d'expression il y a, c'est bien à cause du caractère généralisant de la disposition litigieuse soumise au Conseil constitutionnel, qui donne au législateur le pouvoir de figer la qualification de faits historiques.

427. L'enlisement du débat sur la négation du génocide arménien, sur fond de contingences diplomatiques, dénote toute la difficulté de l'extension du délit de révisionnisme, tant il est flagrant que des considérations politiques prennent le pas sur les exigences du droit[1746]. En tout état de cause, malgré les nombreuses tentatives de réforme, la pénalisation des atteintes à la mémoire des crimes autres que ceux de la Seconde Guerre mondiale reste inexistante en France et en Allemagne. Pourtant, les deux Etats – comme les vingt-six autres membres de l'Union européenne – sont *a priori* tenus de se saisir de la question en vertu d'une décision-cadre adoptée par le Conseil en novembre 2008, dont il convient d'étudier en détails les implications[1747].

1745 Refus de la Chambre criminelle de la Cour de cassation de transmettre la QPC dont elle était saisie : Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774 (évoqué supra note n° 1607).

1746 Pour une opinion similaire, Pierre-Marie MARTIN, « Le crime de génocide : quelques paradoxes », *Dalloz*, 2000, chronique pp. 477-480.

1747 Il existe également un texte en ce sens adopté par le Conseil de l'Europe, le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, du 28 janvier 2003. Cet instrument, ratifié par les deux Etats (pour la France le 10 janvier 2006, pour l'Allemagne le 10 juin 2011), est entré en vigueur le 1er mars 2006 et a pour objectif *« l'harmonisation des éléments de droit matériel »* applicable aux comportements racistes et xénophobes. Il vise aussi à *« améliorer la possibilité qu'ont les Parties d'utiliser dans ce domaine les moyens de coopération internationale prévus par la Convention »*. Les instances européennes ont eu l'occasion de préciser que « *les dispositions du Protocole ont un caractère obligatoire. Pour satisfaire à ces obligations, les Etats parties doivent non seulement promulguer une législation appropriée, mais aussi veiller à ce qu'elle soit correctement mise en œuvre* ». Cf. Rapport explicatif, **[en ligne]**, disponible sur http://conventions.coe.int/treaty/fr/reports/html/189.htm (consulté le 27 septembre 2013).

§ 2. PORTEE DE LA DECISION-CADRE 2008/913/JAI DU CONSEIL DE L'UNION

428. La décision-cadre 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal[1748] est entrée en vigueur après des longues négociations entre les États membres, qui reflètent la nature controversée des questions abordées dans ce texte. Elle trouve ses origines dans les politiques antiracistes conduites par l'Union depuis le milieu des années 1980 et remplace l'Action commune du 15 juillet 1996[1749], première tentative à l'échelle européenne d'harmonisation de la réponse pénale au négationnisme. Cet acte visait à renforcer la coopération judiciaire relative aux délits d' *« apologie publique, dans un but raciste ou xénophobe, des crimes contre l'humanité et des violations des droits de l'homme »* et de *« négation publique des crimes définis à l'article 6 du statut du Tribunal militaire international »*. Mais il n'a pas eu l'influence escomptée sur les législations nationales qui sont restées très divisées entre l'interdiction explicite du négationnisme – comme en France ou en Allemagne – et des dispositions plus générales contre les discours de haine, qui englobent sans y être limités les discours et publications révisionnistes[1750].

429. Formellement, la décision-cadre de 2008 résulte d'une réflexion initiée par la Commission européenne en novembre 2001[1751], dont la finalité est de rendre le racisme et

---

1748 Références supra note n° 1677. Pour une présentation, Bernadette RENAULD, « La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne : du nouveau en matière de lutte contre le racisme ? », *R.T.D.H.*, 2010, p. 119.

1749 Action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996, *JOUE* n° L 185, 24 juillet 1996, p. 5.

1750 Pour une illustration, nous pouvons citer le système mise en place à l'article 607-2 du code pénal espagnol, qui n'incrimine pas l'expression en elle-même des propos négationnistes ou contestataires des génocides et crimes contre l'humanité, mais véritablement le but de ces propos. Cette interprétation découle d'une décision du Tribunal constitutionnel espagnol du 7 novembre 2007, dans laquelle il opère une distinction entre la diffusion d'opinions ou de doctrines qui nient le génocide et celles qui le justifient. Toute négation d'un génocide ne *« poursuit pas objectivement la création d'un climat social d'hostilité contre celles des personnes qui appartiennent au même groupe de celui qui (...) fut victime du délit de génocide dont l'inexistence est soutenue »*. En conséquence, le terme « nier » porte une atteinte illégitime à la liberté d'expression. En revanche, la diffusion de thèses qui justifient ce délit suppose une incitation directe au génocide et à la haine raciale, ce qui doit être sanctionné. Cf. Ariana MACAYA, « Un passé qui ne passe pas : les enjeux juridiques de la « mémoire historique » en France et en Espagne », *Jurisdoctoria* n° 3, 2009, pp. 84-85.

1751 Proposition de décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie du 28 novembre 2001, document 2001/270 (CNS).

la xénophobie passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives dans tous les Etats membres. Elle se fonde sur l'article 29 du Traité sur l'Union européenne[1752] qui mentionne la lutte contre le racisme et la xénophobie parmi les objectifs de rapprochement des règles répressives nationales. La négociation de ce texte a duré six années pour aboutir, conformément à l'article 34 TUE et après consultation du Parlement, à un vote à l'unanimité au sein du Conseil des ministres. Le 19 avril 2007, les ministres de la justice des vingt-sept Etats membres sont parvenus à un accord politique. Après réécriture – et allègement – du texte, la nouvelle version, présentée et adoptée le 28 novembre 2008, s'intitule désormais « Décision-cadre concernant la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ».

430. Les Etats-membres s'étaient donné deux ans à compter de la publication de la décision-cadre au Journal officiel, pour la mettre en application. Les Etats avaient donc jusqu'au 6 décembre 2010 pour transposer la décision-cadre dans leur ordonnancement juridique. Pourtant, on constate aujourd'hui, près de quatre ans après l'échéance décidée, que ce n'est toujours pas le cas dans un certain nombre de systèmes[1753]. Une partie d'entre eux s'est montrée réticente face à un sujet hautement polémique mais elle ne pourra pas indéfiniment se soustraire à ses obligations[1754]. Il convient d'envisager les conséquences

---

1752 Article 29 du Traité de Maastricht (ci-après TUE) du 7 février 1992, modifié par le Traité de Nice du 26 février 2001.

1753 Constat tiré des conclusions du rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, en date du 27 janvier 2014, disponible **[en ligne]** sur http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com_2014_27_fr.pdf (consulté le 23 juillet 2014), ici pp. 10-11. Pour des extraits du rapport, voir annexe n° VIII, sur cd.

Un auteur tient toutefois à nuancer ce constat, relevant que les pays de l'ex Union soviétique se seraient montrés plus diligents que les pays d'Europe de l'ouest dans cette entreprise, sans pour autant nommer les pays concernés. Voir Paola LOBBA, « Quelques remarques sur la décision-cadre 2008/913/JAI de l'UE relative au racisme et à la xénophobie », dossier « Criminaliser le négationnisme au-delà de l'Holocauste », 29 janvier 2013, **[en ligne]**. Disponible sur http://www.lph-asso.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=184%3Acriminaliser-le-negationnisme-au-dela-de-lholocauste&catid=53%3Aactualites&Itemid=170&lang=fr (consulté le 19 septembre 2013).

1754 La Commission a indiqué qu'elle entamerait des discussions avec les Etats-membres en vue de veiller à la transposition de la décision-cadre dans le courant de l'année 2014. Des procédures d'infraction pourront être intentées à l'égard des Etats réticents (article 258 TFUE) à compter de la fin de la période transitoire, c'est-à-dire le 1er décembre 2014, conformément à l'article 10 §1 du protocole n° 36 annexé aux traités. Cf. Rapport précité.

prévisibles de cet acte sur les législations allemande et française, et pour ce faire, de se pencher au préalable sur le contenu matériel de la décision-cadre.

A. CONTENU DE LA DECISION-CADRE

431. Moins ambitieuse que la proposition initiale de la Commission, la décision-cadre a pour vocation de *« lutter contre des formes particulièrement graves de racisme et de xénophobie »* (considérant 6). Elle s'attache, dans son article premier, à définir un certain nombre d'actions intentionnelles constitutives d'infractions relevant du racisme et de la xénophobie[1755]. Deux séries de comportements sont stigmatisées, qui doivent viser un groupe de personnes défini sur la base d'un critère discriminatoire[1756], le cas échéant un de ses membres : d'une part, l'incitation publique à la violence ou à la haine (article 1 alinéa 1.a), d'autre part, l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques de génocides, crimes contre l'humanité et de guerre, commises *« d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine »* (article 1 alinéa 1.c et d[1757]).

On retrouve l'idée que le négationnisme doit être entendu au sens large et sa pénalisation, s'ancrer dans un processus global de lutte contre le racisme[1758]. Comme le remarque un auteur, *« cette définition n'engage pas les États membres à rendre le négationnisme punissable en soi. Il semble plutôt que, dans sa formulation actuelle, le crime de négationnisme soit subsumé dans la catégorie plus large du crime d'incitation à la haine ou à la violence formulée par l'article 1-1.a (…). En d'autres termes, [la décision-cadre] ne requiert la criminalisation du négationnisme que dans la mesure où elle se*

1755 Elle pose ensuite les fondements de sanctions communes à l'égard des personnes physiques et morales (articles 3 et suivants).

1756 Ces critères sont exhaustivement listés par l'article 1 al. 1, a, c et d : la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique.

1757 La décision-cadre consacre deux dispositions pour les mêmes faits d'apologie, négation ou banalisation grossière, la première (art. 1 al. 1.c) visant les crimes de génocide, contre l'humanité et de guerre tels que définis dans les articles 6 à 8 du Statut de la Cour pénale internationale, la seconde (art. 1 al. 1.d) renvoyant à l'article 6 du Statut de Nuremberg.

1758 Voir le débat déjà évoqué sur l'imbrication des délits de révisionnisme et d'incitation à la haine raciale, à travers la loi Gayssot et le §130 alinéa 3 StGB (supra §410 et suivants).

ramène à l'incitation publique à la haine ou à la violence »[1759]. On en déduit que, pour l'Union européenne, ce n'est pas tant la mémoire des victimes que l'égale dignité de tous les hommes qui doit être sauvegardée. D'ailleurs, la motivation raciste et xénophobe doit être considérée comme une circonstance aggravante ou, à défaut, être prise en considération par les juridictions pour déterminer des peines (article 4).

432. Réduisant un peu plus encore la portée de ce texte, deux aménagements facultatifs sont prévus, qui donnent aux Etats membres une latitude d'action dans la mise en œuvre de la décision-cadre. L'article 1 alinéa 2 prévoit que le législateur national peut subordonner la répression de ces comportements à l'existence d'un trouble à l'ordre public ou à leur caractère *« menaçant, injurieux ou insultant »*[1760]. L'alinéa 3 indique, quant à lui, que les Etats ont le pouvoir de conditionner les poursuites pour négation ou banalisation grossière à l'établissement préalable, par l'une de leurs propres juridictions et/ou par une juridiction pénale internationale, de la matérialité des crimes concernés. En d'autres termes, la décision-cadre laisse aux Etats le choix d'une répression globale – quelle que soit l'époque de commission des faits et l'organe les ayant reconnus comme criminels – ou d'une pénalisation plus circonstanciée du « négationnisme », entendu dans cette hypothèse *stricto sensu*. On ne peut que remarquer la proximité des restrictions ouvertes avec les limitations du §130 alinéa 3 StGB (trouble de la tranquillité publique) et de l'article 24 bis de la loi française sur la liberté de la presse (crimes dont les auteurs ont été reconnus coupables par décisions revêtues de l'autorité de chose jugée au national ou à l'international).

1759 Paola LOBBA, « Quelques remarques sur la décision-cadre 2008/913/JAI de l'UE relative au racisme et à la xénophobie », op. cit. L'auteur conclut que *« l'impact juridique de cette interdiction explicite du négationnisme paraît mineur, étant donné que le comportement qu'englobe le crime de négationnisme (...) est déjà, de manière générale, punissable sous la qualification d'incitation à la haine ou à la violence, ou de certains autres crimes de haine, au sein de tous les États membres ».*

1760 Un collège d'auteurs a relevé le caractère particulièrement imprécis de cet alinéa : *« La signification de cette expression est nébuleuse. S'il apparaît souhaitable que le législateur européen laisse aux Etats membres une marge d'appréciation, il ne peut le faire en recourant à des notions aussi indéterminées ».* Cf. « Manifeste pour une politique criminelle européenne », rédigé par le groupe European criminal policy initiative, publié à la revue *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, décembre 2009, p. 723. L'intégralité du manifeste est disponible **[en ligne]** et en langue française sur http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_384.pdf (consulté le 22 novembre 2013).

433. Certains commentateurs voient dans l'article 7 un *« garde-fou supplémentaire contre toute restriction excessive imposée à la liberté d'expression »*[1761], lorsqu'il stipule :

> « 1. La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'association, tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne.
>
> 2. La présente décision-cadre n'a pas pour effet d'obliger les États membres à prendre des mesures contraires aux principes fondamentaux relatifs à la liberté d'association et à la liberté d'expression, et en particulier à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles ou des règles régissant les droits et responsabilités de la presse ou d'autres médias ainsi que les garanties de procédure en la matière, lorsque ces règles portent sur la détermination ou la limitation de la responsabilité. »

En réalité peut-être plus symbolique qu'utile[1762], cette disposition n'est qu'une « clause de style » tout à fait classique, puisqu'on la retrouve dans de nombreux textes[1763]. Elle traduit simplement le principe de subsidiarité applicable en droit de l'Union.

434. En définitive, l'effet harmonisateur est bien moindre que l'on aurait pu le penser. Le texte, très édulcoré, n'impose pas d'obligation stricte aux Etats membres. Si on l'analyse littéralement, il suffit, pour satisfaire à ses engagements internationaux, que le législateur interne incrimine toutes ou certaines formes de négationnisme, le cas échéant indirectement par le biais de l'incitation à la haine ou à la violence. La création de

---

1761 Paola LOBBA, « Quelques remarques sur la décision-cadre 2008/913/JAI de l'UE relative au racisme et à la xénophobie », op. cit.

1762 En tout cas pour le premier alinéa puisque les décisions-cadres n'ont pas la capacité de primer sur les traités constitutifs européens, auxquels elles sont bien évidemment subordonnées.

1763 Une stipulation similaire est par exemple présente dans la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (*JOUE* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1) : *« La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI. (...) La présente décision-cadre n'empêche pas un État membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect du droit à un procès équitable, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias ».*

dispositions pénales spécifiques pour ce type de comportements est encouragée mais elle n'est pas obligatoire. Qui plus est, les éléments optionnels proposés ouvrent la voie à une mise en œuvre de l'acte européen « à géométrie variable ». Il n'y a pas réellement de *« modèle d'incrimination imposé de l'extérieur »*[1764] ; des règles minimales sont juste fixées[1765]. Tout dépendra de la bonne volonté des autorités nationales et de l'interprétation qu'elles donneront de la décision-cadre, qui néanmoins incite à l'harmonisation de la définition matérielle des infractions.

Dans cette optique, elle fixe trois éléments importants, dont les Etats membres devraient tenir compte pour ériger ou amender leurs règlementations. Premièrement, le délit est constitué par les actes d'approbation, de négation ou de banalisation grossière. Deuxièmement, le champ d'application est déterminé : la négation ne peut concerner que les crimes de génocides, crimes contre l'humanité et de guerre tels qu'envisagés par les statuts de la Cour pénale internationale et du Tribunal militaire international de Nuremberg. Enfin, le Conseil de l'Union exhorte les Etats membres à étendre l'infraction au-delà de la remise en cause de la Shoah, à d'autres crimes graves.

435. D'aucuns relèveront certainement le caractère persuasif de cette décision-cadre. Si elle n'est guère précise sur le fond, reste une tendance visible des Etats membres à l'introduction et/ou à l'élargissement de la portée du délit en question, concomitante à son adoption. Qu'en est-il en France et en Allemagne ? On l'a vu, les incriminations actuellement en vigueur sont plutôt minimalistes et les législateurs restent en retrait quant à l'extension du négationnisme à d'autres crimes que ceux commis au nom de l'idéologie national-socialiste. Mais une étude prospective des conséquences envisageables montre que cette situation n'est peut-être pas complètement figée.

1764 Paola LOBBA, « Quelques remarques sur la décision-cadre 2008/913/JAI de l'UE relative au racisme et à la xénophobie », op. cit. Dans le même sens, « Manifeste pour une politique criminelle européenne », op. cit., p. 724 : *« En définitive, il est permis de penser qu'une telle décision-cadre n'a pas d'autre objet que d'exprimer la réprobation des européens à l'égard de ce type de comportement. Il est ici fait appel à l'effet « magique » du droit pénal (…) ».*

1765 La commission parle d'une *« approche pénale à l'échelle de l'Union »*. Rapport précité p. 2.

B. Consequences envisageables en France et en Allemagne

436. Alors que la transposition de la décision-cadre n'est pas encore effective de part et d'autre du Rhin, la France semblerait opter pour une pénalisation grandement élargie là où l'Allemagne se montrerait plutôt encline à une extension *a minima* du délit de négationnisme[1766].

1. En France : vers une pénalisation généralisée ?

437. Côté français, la mémoire étant particulièrement prégnante dans les discours, il n'est pas incongru de penser que la transposition de la décision-cadre de 2008 sera large. Pour autant, aboutira-t-elle à une pénalisation globale ? Concrètement, cela signifierait que seraient sanctionnables toutes les réfutations des actes qualifiés génocides et crimes contre l'humanité par les lois antérieures. Par l'entrée en vigueur d'un tel dispositif, les textes de ce type – concrètement les deux lois de 2001 sur la reconnaissance du génocide des Arméniens et sur la reconnaissance de l'esclavage et de la traite négrière en tant que crime contre l'humanité[1767] – se verraient automatiquement dotées d'un volet pénal. De plus, pour l'avenir, dès lors que le législateur déciderait de reconnaître l'existence de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre[1768], leur négation serait *de facto* considérée comme délictuelle.

438. C'est dans cette voie que s'était lancé le Parlement en janvier 2012, avec le texte visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi. Certes, il ne visait que les génocides, à l'exclusion des crimes de guerre et des autres crimes contre

---

1766 On entend ici « négationnisme simple » puisque le « négationnisme qualifié » du §130 alinéa 1 StGB ne se restreint pas aux crimes commis sous la domination nazie. Sur la distinction entre les deux, supra §§412-413.

1767 La loi Mekachera de 2005 étant seulement une loi de reconnaissance des souffrances subies par les Harkis dans les anciennes colonies et par les rapatriés, elle n'a pas eu pour effet de qualifier juridiquement les actes commis dans ces territoires. Elle est donc *de facto* exclue du champ d'action de la transposition nationale de la décision-cadre.

1768 Ces trois catégories d'infractions étant visées par le texte européen.

l'humanité. D'ailleurs, il n'aurait effectivement réprimé que la remise en cause du massacre commis en Turquie au début du XX^{ème} siècle, seul acte aujourd'hui reconnu génocidaire par une loi. Pourtant, les Sages de la rue Montpensier n'ont pas manqué d'évoquer le risque d'une telle pénalisation générale[1769], qui tranche avec les limitations que le Parlement en 1990 a pris le soin de prévoir quant au champ d'application de l'article 24 bis. L'invalidation n'en est que plus compréhensible tant le Conseil constitutionnel semble avoir voulu éviter à tout prix d'ouvrir cette boite de Pandore dont le législateur, porté par des ambitions électoralistes, n'évalue pas les conséquences néfastes.

L'avantage d'une telle entreprise était évidemment d'éluder la problématique tirée d'un défaut d'égalité de traitement des victimes. Toutes voyaient leur mémoire identiquement protégée grâce à l'extension du délit de révisionnisme par la seule reconnaissance de l'existence d'un crime de guerre, contre l'humanité ou d'un génocide par le Parlement. Néanmoins, outre le risque de voir les velléités de reconnaissance explosées quantitativement, on perçoit les difficultés de ce processus au regard du travail de l'historien. Dans cette hypothèse, contrairement à ce qui est prévu actuellement par l'article 24 bis, c'est bien le législateur, et non les juridictions nationales ou internationales, qui décidait de la qualification juridique à donner aux événements passées et la cristallisait par la menace d'une sanction. L'idée d'une vérité officielle imposée par l'Etat, contraire à la liberté d'expression parce qu'instaurant de façon implicite mais évidente un délit d'opinion, refait alors surface on ne peut plus légitimement. Au surplus, en réservant au pouvoir législatif le monopole de la qualification juridique, on suggère en filigrane que cette opération est *« mi-juridique mi-politique »* et ne peut être exercée par le juge. Or, comme le relève Pascal Puig[1770], *« de ce point de vue, la loi, fût-elle mémorielle, ressort valorisée (...) [mais] en retour, le cumul de conditions (reconnaissance légale et conformité à la définition du code pénal) fait courir à la même loi mémorielle un risque que le législateur [ne mesure peut-être pas suffisamment], celui d'être désavoué par un*

1769 Commentaire de la décision n° 2012-467 DC du 28 février 2012 précité, p. 12.

1770 Pascal PUIG, « La loi peut-elle sanctuariser l'Histoire ? (à propos de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi et la décision du Conseil constitutionnel du 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC) », *R.T.D. civ.,* 2012, p. 80.

juge qui considérerait que les faits légalement qualifiés de génocide ne satisfont pas aux conditions posées par les dispositions du code pénal ».

439. Cependant, cette censure du Conseil constitutionnel ne vaut pas « arrêt de mort » des lois d'extension du délit de négationnisme ; les autorités exécutives et législatives ne sont pas prêtes à stopper toute initiative dans ce domaine. Le président de la République François Hollande a expressément demandé aux parlementaires de préparer un nouveau texte tenant compte de cette décision. Deux propositions de lois sont actuellement à l'étude, dont la portée diffère, du moins en apparence.

La première « tendant à la transposition en droit interne de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 », a été enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 février 2013[1771]. Son article 1[er] alinéa 1 dispose :

> « Le premier alinéa de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est remplacé par cinq alinéas ainsi rédigés :
>
> Seront punis de deux ans d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence dans les conditions visées par le sixième alinéa de l'article 24 en contestant, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence ou la qualification juridique d'un ou plusieurs génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre notoires dont la liste chronologique suit :
>
> – Esclavage et traite ;
>
> – Génocide arménien ;
>
> – Crimes visés par l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945. »

Conformément aux prescriptions constitutionnelles, le texte ne vise pas tous les génocides reconnus comme tels par la loi mais des faits qui se veulent plus précis. Reste que les mentions de la traite et de l'esclavage ainsi que des crimes de l'article 6 (crimes contre l'humanité mais aussi de guerre) accroissent considérablement le champ de la pénalisation.

1771 Proposition n° 690 déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale par Valérie BOYER, Olivier AUDIBERT-TROIN, Marcel BONNOT, Charles de LA VERPILLIERE, Guy TEISSIER et Dominique TIAN, texte disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0690.asp (consulté le 15 septembre 2013).

La seconde proposition, déposée le 22 avril 2014 sur le bureau du Sénat, est relative « à l'incrimination pénale de la contestation publique du génocide arménien »[1772]. Elle tend à compléter la loi de 2001 portant reconnaissance du génocide de 1915 par un article punissant d'un an d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende ceux qui en contesteront l'existence[1773]. Cette orientation qui paraît moins ambitieuse est peut-être plus habile. Alors que le précédent projet a pour objectif ostensible d'élargir rapidement et fortement la répression, ce texte propose – incidemment – de le faire « par à-coups » et par secteur. Il ouvre sans nul doute une brèche pour l'élaboration future de nouvelles incriminations.

2. En Allemagne : vers une extension de la répression *a minima* ?

440. En Allemagne, la transposition pourrait s'avérer plus limitée. En tout cas, la jurisprudence constitutionnelle constante le permettrait. Nous pensons ici aux célèbres arrêts de la Cour de Karlsruhe dits « Solange I »[1774] et « Solange II »[1775] qui ont permis de clarifier les relations qu'entretient le droit allemand avec le droit européen, et dont il convient de rappeler, à titre liminaire, la teneur.

441. Par l'arrêt Costa contre E.N.E.L. du 15 juillet 1964[1776], la Cour de justice des communautés européennes[1777] a posé le principe d'une primauté du droit communautaire

---

1772 Proposition de loi n° 479 relative à l'incrimination pénale de la contestation publique du génocide arménien, déposée par Guy FISCHER, Eliane ASSASSI, Marie-France BEAUFILS, Eric BOCQUET, Laurence COHEN, Cécile CUKIERMAN, Annie DAVID, Michel DEMESSINE, Evelyne DIDIER, Christian FAVIER, Thierry FOUCAUD, Brigitte GONTHIER-MAURIN, Pierre LAURENT, Gérard LE CAM, Michel LE SCOUARNEC, Isabelle PASQUET et Mireille SCHURCH, 22 avril 2014, disponible **[en ligne]** sur http://www.senat.fr/leg/ppl13-479.html (consulté le 30 avril 2014).

1773 Par un des moyens énoncés à l'article 23 de la loi sur la presse.

1774 Décision du 29 mai 1974, *BVerfGE* 37, 271.

1775 Décision du 22 octobre 1986, *BVerfGE* 73, 339.

1776 Arrêt rendu sur question préjudicielle de l'Italie, affaire 6-64, *Recueil de jurisprudence* (édition française), 1964, p. 1141.

1777 Ci-après CJCE.

sur le droit national[1778], confirmée par l'arrêt dit « Internationale Handelsgesellschaft » du 17 décembre 1970[1779], y compris à l'égard des règles constitutionnelles internes.

Dans cette veine, la jurisprudence et la doctrine allemandes ont assez tôt reconnu le caractère autonome du droit communautaire émanant de la limitation des pouvoirs souverains des Etats membres. Sa primauté sur le droit national doit être assurée par le juge ordinaire agissant comme juge communautaire de droit commun[1780], conformément aux prescriptions de la CJCE. En revanche, dans son jugement « Solange I », la Cour de Karlsruhe n'a pas suivi la Cour de justice dans la reconnaissance d'une primauté inconditionnelle du droit européen sur le droit national : *« Solange der Integrationsprozess der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Grundrechtskatalog enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, (...) die Vorlage eines Gerichtes der Bundesrepublik Deutschland an das BVerfG im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten »*[1781]. Ainsi, elle a retenu que cette supériorité est conditionnée par l'article 23 §1 de la Loi Fondamentale, prévoyant la participation de l'Allemagne à la construction européenne. Cette disposition n'autorise pas l'Union européenne à porter atteinte aux bases constitutionnelles de la République fédérale

---

1778 Aujourd'hui, ce principe est formalisé dans la déclaration n° 17 annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le Traité de Lisbonne (*JOUE* n° C 83, 30 mars 2010, p. 335), intitulée « Déclaration relative à la primauté » et qui prévoit : *« La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence »*.

1779 Arrêt rendu sur question préjudicielle formée par le tribunal administratif de Francfort, affaire 11-70, *Recueil de jurisprudence*, 1970, p. 1125.

1780 La Cour constitutionnelle fédérale a constaté dès 1967 que les actes communautaires ne nécessitaient plus de ratification pour prendre effet direct dans l'ordre juridique national (décision du 18 octobre 1967, *BVerfGE*, 22, p. 293). Par la suite, elle a déclaré que l'article 24 §1 de la Loi Fondamentale, permettant le transfert de droits de souveraineté à des institutions internationales, implique en même temps la reconnaissance de l'effet direct des actes communautaires et de leur application prioritaire. Par conséquent, le droit national non conforme aux exigences du droit communautaire doit rester non appliqué (décision du 9 juin 1971, *BVerfGE*, 31, p.145).

1781 *« Aussi longtemps que le processus d'intégration des Communautés n'aura pas atteint un stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte un catalogue de droits fondamentaux en vigueur arrêté par un Parlement et correspondant au catalogue des droits fondamentaux consacrés par la Loi Fondamentale, le renvoi à la Cour constitutionnelle par une juridiction de la R.F.A. dans le cadre de la procédure judiciaire [de contrôle de la constitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique] (...) est recevable et nécessaire. »* (Traduction proposée).

et notamment à la garantie des droits fondamentaux. Partant, la Cour se réserve une possibilité de contrôle sur le droit communautaire et donc de censure de la loi de transposition d'un acte de droit dérivé, si la protection européenne des droits fondamentaux n'est pas équivalente à celle organisée par la constitution allemande.

Douze ans plus tard, avec l'arrêt « Solange II », les hauts juges ont montré qu'ils considèrent le message comme entendu par les instances européennes : *« Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht »*[1782]. Cette seconde décision a été parfois interprétée, à tort, comme un revirement ; les fondements restent en réalité les mêmes. Si la Cour constitutionnelle renonce en pratique à exercer un contrôle, c'est parce que la jurisprudence rendue à Luxembourg le rend non pas impossible mais inutile. Par conséquent, loin de remettre en cause les principes formulés dans l'arrêt « Solange I », elle les réaffirme implicitement : la primauté du droit communautaire sur le droit national n'est pas absolue, s'il porte atteinte à une liberté individuelle garantie par la *Grundnorm*, il doit être écarté.

442. Appliquée à l'extension du délit de négationnisme, cette orientation pourrait être utilisée pour confronter la décision-cadre de 2008 avec la liberté d'opinion et d'expression garantie par l'article 5 de la Loi Fondamentale. De deux choses l'une : soit les juges de Karlsruhe estiment l'acte européen trop attentatoire à ce droit ; soit ils se rallient à la position « Solange II » en retenant l'existence d'une protection de ce droit par l'Union équivalente à la protection constitutionnelle. Cette seconde solution nous semble la plus

---

1782 *« Aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour des Communautés, garantiront de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui soit globalement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la Loi Fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé. »* (Traduction proposée).

probable eu égard au contenu de la décision-cadre et à la large marge de manœuvre des Etats membres. Les éléments optionnels des alinéas 2 et 3 de l'article 1[1783] permettent aux législateurs nationaux de ménager à leur convenance la liberté d'expression. D'ailleurs, cette posture semble confirmée par l'initiative récente de la chancelière allemande Angela Merkel, qui a décidé de consulter les citoyens via le réseau internet en vue de l'élaboration d'une future législation. Parmi la liste des suggestions, se trouve une proposition de loi pénalisant la négation du génocide arménien, laquelle a jusqu'à présent recueilli un très grand nombre de voix[1784].

Comme la proposition des sénateurs français déposée en avril 2014, le texte allemand serait cantonné uniquement à la négation du génocide arménien[1785]. Conformément aux prescriptions de la décision-cadre, le *Bundestag* s'orienterait plutôt vers une répression circonstanciée, limitée à un fait spécifique, bien qu'il n'ait été formellement reconnu par aucune juridiction. Au surplus, la pénalisation pourrait être subordonnée à la constatation d'un trouble à l'ordre public induit par la réfutation. Ce critère étant expressément prévu pour la contestation de l'Holocauste[1786], il serait surprenant qu'il disparaisse de la loi relative au génocide arménien. Les futurs débats parlementaires le confirmeront ou l'infirmeront.

1783 Cf. supra §432.

1784 Voir le site spécialisé mis en place par la Chancellerie fédérale, https://www.dialog-ueber-deutschland.de/DE/20-Vorschlaege/10-Wie-Leben/Einzelansicht/vorschlaege_einzelansicht_node.html?cms_idIdea=2487 (consulté le 16 septembre 2013).

1785 Ou plus précisément selon l'intitulé de la proposition, à la négation du génocide commis à l'égard des Arméniens en Turquie et des Assyriens en Irak en 1933 (*« die Leugnung des Völkermordes an den Armeniern und Aramäern »*).

1786 Comme nous l'avons expliqué précédemment, §393.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

443. On le voit, les systèmes de pénalisation de l'atteinte à la mémoire, institués en France et en Allemagne fédérale, ne sont pas foncièrement convaincants.

Certes, le *Bundestag* semble plus prudent dans l'utilisation de l'outil législatif que ne le sont les parlementaires français, comme le prouve la controverse sur les pseudo-lois de type mémoriel. Espérons à cet égard que la réintroduction de la faculté d'adopter des résolutions les incitera à faire un usage plus rationnel de la loi, tout en respectant les strictes limites fixées par les libertés fondamentales. En toute hypothèse, le Conseil constitutionnel a montré en 2012 qu'il n'était pas prêt à fermer les yeux sur les errements du législateur.

Mais au-delà de cette question, aucun des dispositifs ne convainc totalement. Les deux droits comportent des lacunes importantes et laissent de nombreuses questions en suspens. Des éléments constitutifs des infractions restent incertains et poussent les tribunaux à pallier les silences législatifs. Le raisonnement développé par les cours nationales à propos de l'articulation des incriminations avec la liberté d'expression est parfois lapidaire. Surtout, il y a un manque de cohérence flagrant quant au rattachement de la répression du révisionnisme à la politique criminelle de lutte contre le racisme et la discrimination. En effet, on comprend mal pourquoi les législateurs n'utilisent pas avec un plus grand empressement ce levier afin de développer un mécanisme de protection applicable à l'ensemble des mémoires victimaires, comme ils l'ont fait pour la mémoire des victimes de la Seconde Guerre mondiale et semblent vouloir le faire à propos du génocide arménien. Au demeurant, les raisons d'une telle focalisation sur le massacre commis en Turquie, au détriment d'autres faits atroces perpétrés par exemple au Cambodge, sont obscures, mise à part celle – simpliste – tirée de la « proximité géographique » des crimes visés. L'égalité devant la loi plaide pourtant pour une pénalisation de tout discours de négation et les instruments européens contraignants pour les deux Etats non seulement le permettent, mais encore l'encouragent.

De surcroît, la confusion entretenue autour de la nature et de la finalité exactes de l'article 24 bis et du §130 alinéa 3 pousse l'observateur à s'interroger sur la pertinence de leur instauration et de leur maintien. A adopter la conception prônant un délit autonome détaché de toute considération antiraciste, les propos négationnistes ne constituent pas, à notre sens, un trouble à l'ordre public suffisant, digne d'être combattu au pénal. A l'inverse, si on s'en tient au rattachement « naturel » du délit de révisionnisme à l'incitation à la haine raciale, la « sanctuarisation » politique, médiatique et visiblement juridique de cette incrimination n'apparaît ni utile ni légitime.

444. Au vu des nombreuses difficultés soulevées par l'intervention du législateur pénal en matière mémorielle, que ni la jurisprudence ni la doctrine ne sont à même de régler, l'analyse doit sans doute être approfondie sur le terrain de la philosophie et de la théorie du droit. La question se pose alors en ces termes : la mémoire des crimes peut-elle constituer un « bien juridique » susceptible de protection par le droit criminel ?

CHAPITRE II.

LA MÉMOIRE DES CRIMES, BIEN JURIDIQUE PÉNALEMENT PROTEGE ?

« Le législateur (comme d'ailleurs l'exécutif) est incompétent et insuffisamment impartial pour prendre position sur l'Histoire »[1787], et faudrait-il ajouter, sur la mémoire[1788].

445. Né en Allemagne, le « bien juridique »[1789] (*Rechtsgut*) trouve son origine en 1801 dans la théorie des droits subjectifs de Paul Johann von Feuerbach[1790], bien que le terme n'ait été utilisé pour la première fois qu'en 1834 par Birnbaum[1791]. Repris par la suite en Italie et en Espagne[1792], il est arrivé en France au début du XX^{ème} siècle sous la plume de René Garraud[1793]. Ce concept est donc commun aux deux législations étudiées bien qu'il ne fasse pas l'objet d'un attrait équivalent de part et d'autre de la frontière.

1787 Cédric MILHAT, « La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français », *Revue Juridique Thémis* n° 1, 2009, vol. 43, p. 51.

1788 Rappelons que la mémoire et l'histoire constituent deux visions souvent complémentaires du passé, l'une par témoignage personnel et/ou collectif, l'autre par description et explication répondant aux exigences méthodologiques de la recherche.

1789 En France, peu d'ouvrages ou d'articles se consacrent à cette question (relevons toutefois le panorama analytique fourni par Alessandro BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal – Pour une théorie du bien juridique », *Déviance et société* n° 1, 1991, vol. 15, pp. 1-25). C'est pourquoi, nous prendrons majoritairement appui sur les travaux de Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse de doctorat en Droit soutenue à Montpellier en juin 2009 et publiée à la L.G.D.J., Collection des Thèses n° 39, 2010, 553p.

1790 A l'origine du concept, il y a l'idée de Feuerbach selon laquelle le délit commis par le délinquant atteint toujours un droit subjectif appartenant à un sujet passif. Voir Hernan HORMAZABAL MALAREE, *Bien juridico y estado social y democratico de derecho : el objeto protegido por la norma penal*, Barcelone, Ed. Promociones y Publicaciones Universitas, Coll. Derecho y estado, 1991, p. 27. Cependant, cette paternité de Feuerbach est contestée par certains auteurs, comme le fait remarquer Marion LACAZE, Ibidem, pp. 40 à 46.

1791 Expression employée pour signifier que le délit ne lèse pas directement un droit subjectif mais un véritable « bien » privé ou public rattaché à son titulaire. Il y a donc une concrétisation de l'objet juridique du délit dans la théorie de Franz BIRNBAUM, « Über das Erfordernis einer Rechtsgutverletzung zum Begriffe desVerbrechens », *Archiv des Criminalrechts*, 1834, vol. 15, pp. 149-194.

1792 Ce qui explique pourquoi un certain nombre d'écrits sur le sujet, auxquels nous ferons référence, ont été rédigés en langue espagnole.

1793 René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit penal français*, Tome I, Sirey, 3ème éd., 1913, p. 215 et p. 572.

446. C'est un véritable pilier du droit allemand de l'infraction (*Verbrechenslehre*)[1794], depuis sa consécration dans les thèses de Karl Binding[1795] et Franz Von Liszt[1796]. Traditionnellement, l'infraction se définit par trois caractères : typicité – description des aspects matériel et moral de l'acte prohibé –, culpabilité – imputation subjective de cet acte – et illicéité ou antijuridicité[1797] – lésion à proprement parler du bien juridique protégé. *« En conséquence, l'incrimination allemande est une interdiction dont la détermination procède d'abord d'un choix de valeurs (les biens juridiques) dont la lésion implique l'illicéité de l'acte incriminé (Rechtswidrigkeit). L'incrimination procède ensuite d'un commandement légal comportant une prohibition ou une prescription visant précisément à protéger les biens juridiques. Dès lors, si un comportement est contraire à ce commandement et qu'il n'est pas justifié, il constitue un acte illicite et peut être imputé à un auteur »*[1798]. En d'autres termes, le bien juridique revêt une importance capitale puisqu'il est le socle véritable de l'antijuridicité. Il est vrai qu'il existe autant de conceptions de sa nature que d'auteurs s'étant penchés sur la question, mais ce n'est qu'une manifestation de son impact outre-Rhin.

A l'inverse en France, on emploie indifféremment les termes « bien », « intérêt » et « valeur » : *« la seule assimilation des idées de bien juridique protégé, d'intérêt protégé et de valeur protégée révèle déjà (...) l'inexistence d'un concept véritable, qui en tant que*

1794 Certains auteurs parlent même de *« dogme »*. Cf. Rafael ALCACER GUIRAO, *Lesion del bien juridico o lesion de deber ? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelone, Ed. Atelier, Coll. Serie mayor, 2003, p. 22.

1795 Cet auteur considère que le législateur doit déterminer l'objet de la norme dont la préservation est indispensable à la vie en commun et dont la violation constituera l'acte répréhensible. Le bien juridique n'existe que parce que le législateur l'estime nécessaire. Voir Karl BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Engelmann, 1872 ; explications de Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 52.

1796 Le bien juridique est pour cet auteur un intérêt, issu de la réalité sociale, auquel le droit va accorder sa protection. Il ne s'agit pas comme pour Binding d'un bien créé par l'ordre juridique mais d'un bien humain reconnu par le droit. Dès lors, la peine prévue par le législateur est conçue comme une protection des biens juridiques et un moyen de prévenir les infractions par la lésion d'un intérêt juridique du délinquant lui-même. Voir Franz VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, Tome II, traduit de la 2ème édition allemande par Luis JIMENEZ DE ASUA, 4ème éd., Madrid, Ed. Reus, Coll. Biblioteco juridica de autores espanoles y extranjeros, 1999 ; explications de Marion LACAZE, Ibidem, pp. 55-58.

1797 A ce propos, Julien WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité)*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Nancy, 2003, 513p.

1798 Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Eric MATHIAS, Xavier PIN, et Julien WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », *R.I.D.P.* 2002/3, vol. 73, pp. 1235-1236.

« représentation générale et abstraite », permettrait de réunir l'ensemble des objets de protection du droit pénal par une opération de qualification (…) »[1799]. Aussi la doctrine française n'envisage-t-elle le bien juridique protégé que « furtivement », dans des développements consacrés aux notions de résultat, de consommation ou encore de dol. Elle l'emploie également comme critère de qualification ou de détermination de certaines incriminations particulières.

On le comprend, face à la multiplicité des acceptions en Allemagne et à la rareté des travaux sur le sujet en France, donner une définition unitaire n'est pas aisé. Un tel contraste est d'ailleurs assez surprenant pour deux droits issus de la même famille d'inspiration romano-germanique[1800]. Pour les besoins de notre analyse, nous retiendrons l'idée de base selon laquelle le délit constitue non seulement une atteinte à la norme mais encore à ce bien juridique entendu matériellement et qui existe *a priori* de la norme. En conséquence, la législation est protectrice tant du système juridique lui-même que des intérêts sociaux ou moraux valorisés[1801].

447. La problématique du bien juridique pénalement protégé permet de repenser la théorie de l'infraction à partir d'une grille de lecture nouvelle et d'interroger les choix de politique criminelle opérés par les législateurs nationaux[1802], à une époque où certains parlent de *« tout répressif »*[1803], de *« frénésie »*[1804] ou *« boulimie »*[1805] législative. La

---

1799 Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 8.

1800 On constate que le droit allemand est plus proche sur ce point des droits espagnol et italien, eux aussi très attachés à la théorie, au « dogme ». Le droit français, en revanche, est plus pragmatique.

1801 Ibidem, p. 277.

1802 Le même auteur va d'ailleurs très loin dans son analyse quant aux enjeux sous-tendus par le concept de bien juridique : *« le droit pénal est-il entièrement soumis à la politique criminelle ou peut-il au contraire prétendre la limiter, par sa nature même ou par un domaine légitime de protection que constitueraient les biens juridiques ? »* Idem, p. 28.

1803 Expression très souvent utilisée dans le langage journalistique courant.

1804 Notamment Jean DANET, « Cinq ans de frénésie pénale », in Laurent MUCCHIELLI (sous la dir.), *La frénésie sécuritaire ; retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, Coll. Sur le vif, 2008, pp. 19-29.

1805 Martin DUFRESNE, « La politique d'intervention pénale auprès des mineurs, entre discours juridique, scientifique et économique », *Champ pénal*, Séminaire Innovations Pénales, septembre 2007, **[en ligne]**. Disponible sur http://champpenal.revues.org/2012#quotation (consulté le 15 juillet 2013).

finalité et l'opportunité du droit pénal sont au cœur des préoccupations. La nécessité de la peine pose question, tout comme la légitimité de l'élaboration d'une loi. Replacé dans le contexte qui nous occupe, on a pu noter une évidente propension française à l'élaboration de dispositions mémorielles depuis le début des années 1990, dont certaines ont un caractère punitif. En Allemagne, ce constat n'est pas moins vrai puisque la mémoire est loin d'être ignorée du *Strafgesetzbuch*, même s'il est certainement moins visible. Dans les deux Etats, les mécanismes instaurés manquent de solidité et souffrent la critique. N'est-ce pas la manifestation d'un « mal » plus profond ? A tant vouloir pénaliser l'atteinte à la mémoire, ne dévoie-t-on pas le droit pénal ?

Certains intérêts s'imposent comme dignes de protection (la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, etc.), d'autres sont beaucoup moins évidents. C'est le cas de la mémoire. Réprimer les atteintes à la mémoire procèderait plus du maintien d'une relative « paix des esprits » que de la protection de la société contre des nuisances qu'on pourrait qualifier de très sévères. Le risque est grand de la corruption du système par l'utilisation des dispositions criminelles comme instrument symbolique, politique ou pédagogique : *« it has become more and more usual to justify (or at least defend) criminalizations, and especially more severe criminalizations, by appeal to the supposed need to make it unequivocally and publicly clear that some sort of conduct is unacceptable and reprehensible. (…) No attention is paid to the crucial question of whether it is appropriate or fair to use punishment for this purpose – the message is all that counts »*[1806].

448. Partant, nous proposerons une méthodologie pour identifier[1807] – au mieux et au plus juste – les intérêts dignes de protection par la législation répressive (Section I), qui

---

1806 *« Il est devenu de plus en plus habituel de justifier (ou à tout le moins de défendre) des incriminations, notamment les plus sévères, par le recours au besoin supposé d'afficher clairement et publiquement que telle conduite est inacceptable et répréhensible. (…) Aucune attention n'est portée à la question cruciale de l'utilisation adéquate et juste de la répression à cette fin – seul le message compte. »* (Traduction proposée). Cf. Nils JAREBORG, « Criminalization as Last Resort », *Ohio State journal of Criminal Law*, 2004, vol. 2, p. 528.

1807 Le terme « identifier » est préféré aux termes « définir » ou « déterminer » dans la conception retenue (intérêt préexistant à sa reconnaissance par la norme et objet de l'atteinte). Le droit pénal est essentiellement déclaratif des biens juridiques venant limiter son domaine à leur propre protection.

conduit inéluctablement à une ferme contestation du recours au droit pénal pour sauvegarder l'objet mémoriel (Section II).

SECTION I.

METHODOLOGIE DE L'IDENTIFICATION DES BIENS JURIDIQUES PENALEMENT PROTEGES

> « Dans un Etat de droit, qui suppose la soumission de l'Etat à la légalité (…), il s'agit précisément de contenir autant que de cantonner l'action de l'Etat dans toutes ses interventions. Il en va, en effet, du sort des principales libertés fondamentales (…). Et s'il incombe à l'Etat de limiter l'exercice de ces libertés, c'est à l'expresse condition que cette restriction soit commandée et justifiée par des impératifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public ou à la préservation des droits d'autrui. »[1808]

449. Quels sont les « biens » dignes d'être préservés de toute atteinte par le recours à la législation répressive ? Répondre à cette question suppose nécessairement la réalisation d'une double opération intellectuelle. Il faut avant tout prendre la mesure des limites du concept de bien juridique pénalement protégé, que le législateur néglige parfois. Il faut dans un second temps s'interroger sur la nécessité de créer une nouvelle incrimination et sur la proportionnalité de la peine qui lui sera adjointe.

1808 Cédric MILHAT, « La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français », op. cit., pp. 57-58.

§ 1. APPREHENDER LES LIMITES DU CONCEPT DE BIEN JURIDIQUE PROTEGE

450. Quasiment ignoré des auteurs ou à l'inverse « trop » étudié, le concept de bien juridique protégé ne fait pas consensus mais tentons d'en esquisser le périmètre. En réalité, deux écueils peuvent être mis en lumière, à éviter pour que le travail normatif des autorités législatives soit exempt de tout reproche. Les parlementaires doivent s'abstenir, d'une part, de tout amalgame inapproprié avec la *ratio legis*, d'autre part, d'une dématérialisation du concept.

A. SE GARDER DE L'AMALGAME ENTRE *RATIO LEGIS* ET BIEN JURIDIQUE PROTEGE

451. La *ratio legis*, littéralement « la raison d'être de la loi », désigne le pourquoi de la règle de droit, la justification de l'intervention du législateur[1809]. En ce sens, elle renvoie au but, tacite ou explicitement affiché, de la norme. Il s'agit d'étudier le sens profond du texte pour comprendre les considérations théoriques et les objectifs pratiques qui ont commandé son adoption.

Au-delà, elle est un élément de compréhension qui donne toute sa cohésion, à défaut d'une totale cohérence, au processus normatif : *« le rapprochement entre [la ratio legis et l'incrimination] permet d'établir une complémentarité qui sert véritablement d'armature à toutes les théories du droit pénal. Quel que soit son contenu, en effet, et au-delà des mystères de finalité propres à chaque infraction, l'incrimination (...) est le moyen d'une politique qu'il est indispensable de dominer afin de permettre toutes les applications conformes à l'esprit même de la matière ; elle est cette décision prise par le législateur de traduire dans les faits ce que sa doctrine lui dicte de principes essentiels »*[1810]. La *ratio legis* donne à l'interprète – doctrine ou juge – le moyen d'appréhender le droit criminel comme un tout. Son examen sert à l'interprétation la plus convenable possible d'une disposition dont la clarté et la précision viendraient à pêcher, non seulement au regard du texte lui-même mais encore au regard de l'ensemble juridique pénal. C'est pourquoi Yves

---

1809 Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Tome I, Lyon, Hermès, 1977, « *Ratio legis* ».

1810 Yves MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *R.S.C.*, 1983, p. 598.

Mayaud pense de la *ratio legis* qu'elle est un « *instrument qui fait le lien entre les textes, les décisions, les opinions »,* un *« moyen technique de finition du droit »*[1811].

452. Les notions de *ratio legis* et bien juridique ne recouvrent pas les mêmes objets. Toute loi a nécessairement une *ratio* que l'on identifie généralement à la lecture de l'exposé des motifs. En revanche, certaines normes ne renvoient pas – à tout le moins, pas directement – à un bien juridique particulier. En témoignent les lois procédurales qui n'ont pas pour fondement premier la protection d'une valeur jugée fondamentale pour la société[1812]. Certes, en présence d'un texte de fond tel qu'une incrimination, les deux concepts se recoupent. Pourtant, l'objectif de la loi ne suffit pas à justifier une infraction nouvelle. Seule la mise en évidence d'un bien juridique, entendu strictement au sens de valeur digne d'être pénalement sauvegardée, permet de légitimer un interdit pénal : *« alors que le bien juridique est un élément constitutif de l'incrimination (explicite comme la liberté personnelle, l'honneur, la pudeur ou implicite comme la vie, l'intégrité physique, la liberté sexuelle), la fin poursuivie par le législateur n'en est pas un, mais constitue la ratio de l'incrimination »*[1813].

Il n'en demeure pas moins que, dans les faits, la définition des biens susceptibles de protection est souvent obtenue à partir des incriminations déjà en vigueur : *« on définit le droit pénal en tant que droit sauvegardant les intérêts vitaux et fondamentaux des personnes et de la société mais, en même temps, on qualifie de vitaux et fondamentaux les intérêts qui sont traditionnellement pris en considération par le droit pénal »*[1814]. On assiste à la légitimation d'infractions par le seul renvoi à une finalité législative considérée comme importante. L'absence de bien juridique préexistant est alors couverte par le but

---

1811 Ibidem.

1812 Même si de plus en plus, sous l'impulsion de la Cour de Strasbourg, la protection de la dignité humaine fonde, conjointement à la recherche d'efficacité de la répression, les réformes de la procédure pénale.

1813 Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée – Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006, publiée à la L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de sciences criminelles, 2010, p. 175.

1814 Alessandro BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal – Pour une théorie du bien juridique », op. cit., p. 6.

louable de la loi[1815], ce qui semble clairement être le cas concernant les lois de protection de la mémoire. Si on met de côté le rattachement problématique de ces dispositions à la lutte contre le racisme[1816], la finalité affichée est d'éviter un énième affront pour des communautés meurtries par le passé, en protégeant leur mémoire des discours de négation. Mais quel est le bien juridique distinct de cet objectif ? La question reste sans réponse.

Cette approche qui fusionne *ratio legis* et bien juridique protégé nous semble particulièrement critiquable. D'une manière générale, elle offre une justification à toute nouvelle incrimination quelle qu'elle soit, même privée du socle fourni par l'existence d'un bien juridique, puisque, par essence, toute loi poursuit un but. Par la confusion du bien juridique avec « la raison de la loi », *« on en arrive à considérer que le minimum requis pour une incrimination (...) est qu'il y ait une incrimination »*[1817]. Les dangers d'un tel postulat pour les libertés individuelles sont palpables.

453. Ce n'est d'ailleurs pas la seule remarque négative que nous pouvons émettre. En effet, le concept de bien juridique est également malmené par une tendance certaine à sa « dilution » au profit de considérations extra-pénales.

B. EVITER LA DEMATERIALISATION DU BIEN JURIDIQUE PROTEGE

454. Le bien juridique protégé est aujourd'hui fragilisé par un mouvement ostensible de perte de substance, qui tend à s'amplifier. Alors que le bien juridique est par nature

---

1815 De ce constat, est née en Allemagne une controverse doctrinale sur la notion même de bien juridique protégé, qui conteste l'effectivité de la distinction entre la valeur préexistante à la norme pénale et la valeur telle qu'elle est protégée par cette norme. Certains mettent en avant la fonction purement « miroir » du concept de bien juridique protégé dans cette hypothèse. Ce courant doctrinal minoritaire, mené par le professeur Günter Jakobs, nie toute utilité au concept de bien juridique et réfute les deux fonctions qui lui sont généralement concédées : la fonction intra-systématique (la conduite est une violation de la norme juridique qui sous-tend l'infraction et une atteinte à l'intérêt protégée par celle-ci) et la fonction extra-systématique (le bien juridique est un critère d'évaluation de la politique criminelle). Ces auteurs considèrent que le seul objet de protection doit être l'effectivité de la norme pénale. Pour une explication de ce positionnement, Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 216 et suivantes.

1816 Cf. supra §410 et suivants.

1817 Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 179.

personnel[1818], à l'heure actuelle il *« s'artificialise »*[1819] pour protéger des ensembles et il convient ici de distinguer deux hypothèses.

La première trouve ses fondements dans l'essor de nouveaux risques, entre autres liés au développement des technologies modernes. Face à ces menaces, la consécration de biens juridiques collectifs – visibles par exemple au travers des politiques relatives à la santé publique ou à la sécurité routière – apparaît nécessaire pour protéger des groupes d'individus, voire une population entière. S'ils manifestent un premier dévoiement du concept de bien juridique, leur légitimité ne peut guère être remise en cause. En outre, on retrouve sous-jacente la traditionnelle protection de la vie et de l'intégrité physique. Autrement dit, il s'agit de valeurs collectives à *« référent individuel »*[1820] ou encore d'une somme de valeurs individuelles analysées conjointement. D'ailleurs, il en est ainsi des infractions de génocide et de crime contre l'humanité qui répriment l'atteinte, par des moyens développés à grande échelle, à ce qu'il y a d'humain chez les membres d'un groupe désigné en fonction de critères discriminatoires.

En revanche – et c'est la seconde éventualité – certains intérêts protégés par la loi pénale sont beaucoup plus discutables parce qu'ils ne sont rattachés à aucune valeur individuelle. On parle de *« biens juridiques diffus »*[1821] ; ils n'ont pas de titulaire déterminé sauf à personnaliser, par fiction juridique, la société dans son ensemble voire l'Humanité. Sont généralement cités à titre d'illustration l'environnement, l'ordre économique, mais on peut aussi penser, dans le contexte de notre recherche, au maintien d'une certaine paix dans les relations sociales. Le bien juridique devient un instrument de satisfaction de contingences de toutes sortes (politiques, économiques, sociales[1822] et même, comme le

---

1818 Qu'on retienne la théorie de FEUERBACH selon laquelle le bien juridique se confond avec le droit subjectif, celle de BIRNBAUM selon laquelle il n'en est que le support, ou encore celle de VON LISZT retenant que le bien juridique est un intérêt concret, il est toujours lié à un sujet individuel, par opposition à l'Etat. Le noyau dur du droit pénal est constitué par les droits et intérêts des individus. Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., note n° 756.

1819 Terme emprunté à Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 179.

1820 Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 210.

1821 Ibidem.

1822 On le voit à travers les infractions à la législation sur les prix, sur les impôts et le change, ou encore à la législation sur la sécurité sociale, par exemple.

remarque Bernard Bouloc[1823], administratives[1824]), qui permet au législateur de *« [modeler] l'ordre social bien plus qu'il ne le conserve ou ne le précise »*[1825]. En définitive, une multitude d'incriminations, codifiées ou non, viennent sanctionner la violation de réglementations diverses non pénales tendant à encadrer l'activité humaine, qu'elle soit industrielle, sanitaire, etc.

455. Ce bouleversement dans la conception du bien juridique s'accompagne d'une modification des formes d'atteintes qui peuvent lui être portées, mal adaptées aux théories classiques de la gradation de l'injuste. Nul doute que si certains comportements peuvent effectivement engendrer des risques concrets pour les personnes[1826], cela ne vaut que pour les biens juridiques à référent individuel[1827]. A l'inverse, le risque induit par l'atteinte à un bien juridique diffus ne peut être qu'abstrait, *« établi ex ante dès la conduite prohibée réalisée et à ce titre contraire à l'exigence d'une atteinte (...) constatée ex post, pour le bien juridique »*[1828]. On a l'impression d'une véritable dématérialisation du bien juridique dont la violation n'est plus évaluable à la lumière de données objectives. Appliquée à certains domaines hautement politisés, comme celui de la pénalisation des atteintes à la mémoire[1829], elle présente la *« tentation excessive du symbolique et d'un glissement de la protection d'idéaux à la protection d'idéologies »*[1830].

1823 Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Coll. Précis, 23ème éd., 2013, p. 6.

1824 Les textes d'incrimination des atteintes à la bonne administration de la justice en sont un exemple.

1825 Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit.

1826 Par exemple, une atteinte au corps en cas de médicament insuffisamment testé avant mise sur le marché.

1827 Dans notre exemple, la santé publique.

1828 Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 211. En ce sens et à propos des délits de prévention, Mario Eduardo CORIGLIANO, « Delitos de peligro. Hacia une definicion politica-criminal y sistematica », 2006, disponible **[en ligne]** sur http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,278,0,0,1,0 (consulté le 6 août 2013).

1829 Ce caractère hautement politique, qui a déjà été relevé pour les événements des première et deuxième générations (amnisties, choix des crimes à poursuivre, etc.), est une caractéristique des politiques de mémoire. Nous ne manquerons pas d'y revenir par la suite.

1830 Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 180.

456. On le voit, le décalage entre la théorie du bien juridique et la réalité du droit pénal contemporain est évident. Dans les faits, de nombreuses atteintes sont portées aux contours du concept, en France comme en Allemagne. Comment expliquer de tels « égarements » ? Ils trouvent très certainement leur source dans la marge de manœuvre laissée au législateur quant à l'appréciation de la nécessité[1831] de la nouvelle incrimination et de la proportionnalité de la sanction subséquente.

§ 2. APPRECIER LA NECESSITE ET LA PROPORTIONNALITE DE L'INCRIMINATION

457. Qu'on envisage les systèmes allemand ou français, la loi n'est pas suprême et doit donc satisfaire aux principes supérieurs dans l'ordonnancement juridique – droit constitutionnel et droit international – pour être légitimement applicable. Le législateur doit se conformer à certaines règles qui lui sont imposées, tenant aux objectifs et caractéristiques de la loi, parmi lesquels la nécessité et la proportionnalité. Les choix de politique criminelle sont contrôlés au regard de ces axiomes par les juges nationaux, bien que la portée de cet examen demeure étonnement restreinte.

A. RESPECTER LES LIMITES FONDAMENTALES

458. En France, la principale restriction posée au travail du législateur en matière criminelle tient au principe, maintes fois décortiqué par la doctrine[1832], de légalité des délits et des peines. *« Nullum crimen, nulla poena, sine lege »* : c'est de cette manière qu'on résume l'idée, conceptualisée par Montesquieu et Beccaria et consacrée par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon laquelle on ne peut être

---

1831 Pour une analyse récente et critique du principe de nécessité, Olivier CAHN et Karine PARROT (sous la dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal,* Actes de la journée d'études radicales, Faculté de Droit de Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, L.G.D.J., 2014, 147p.

1832 Tous les manuels de droit pénal général consacrent des pages à ce sujet. De nombreux articles ont également été écrits. Pour une étude synthétique, André GUIDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français - Aspects légistiques et jurisprudentiels », *R.S.C.,* 2007, p. 509 et suivantes.

poursuivi et condamné que sur le fondement d'un texte clair et précis, antérieur à la conduite infractionnelle. Comme l'explique André Vitu, *« la loi criminelle ne peut assurer pleinement et véritablement son rôle de protection contre l'arbitraire des juges et de l'administration, sa mission pédagogique à l'égard des citoyens soucieux de connaître le champ de liberté qui leur est reconnu, et son devoir de prévention générale et spéciale à l'encontre des délinquants potentiels, que si elle détermine avec soin les limites du permis et de l'interdit »*[1833]. Ce précepte, que le recteur Lombois a appelé *« principe de textualité »*[1834], est solennellement prévu depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal à l'article 111-3.

459. Considérée comme la clé de voûte d'un système répressif respectueux de l'idéal démocratique, la légalité criminelle présuppose que le pouvoir d'édicter les règles pénales n'incombe qu'au Parlement (article 34 de la Constitution), dans l'exercice de sa fonction normative. De plus, la règle pénale adoptée doit faire preuve de clarté et de précision[1835], tant pour éviter le retour à l'arbitraire des juges de l'Ancien Régime que pour légitimer l'adage *« nul n'est censé ignorer la loi »*. On ne peut sanctionner l'auteur d'un comportement contraire à la loi s'il en ignore l'existence ou le contenu, faute d'accessibilité ou d'intelligibilité de celle-ci[1836]. La prévisibilité du droit, inhérente à la sécurité juridique à laquelle tout citoyen peut prétendre, et le respect des droits de la défense prescrivent la précision. Il faut également se garder d'employer des termes flous,

---

1833 André VITU, « Le principe de la légalité criminelle et la nécessité de textes clairs et précis », *R.S.C.,* 1991, p. 555.

1834 Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette Supérieur, Coll. Les fondamentaux, 1994, p. 13. Se ralliant à cette dénomination, voir également Marie-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2004, p. 94.

1835 Clarté et précision sont des objectifs à valeur constitutionnelle : Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF*, 7 août 2004, p. 14087.

1836 Selon la décision n° 2004-99 DC, les exigences de clarté et de précision découlent directement de l'accessibilité et l'intelligibilité, à valeur constitutionnelle depuis la décision Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes (*JORF*, 22 décembre 1999, p. 19041), précisée par Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (*JORF*, 3 août 2006, p. 11541).

confus ou très complexes, pour que le texte soit immédiatement compréhensible de tous. Le principe de légalité des délits et des peines induit enfin que les règles de comportement imposées aient une portée générale et incriminent les actions ou abstentions nuisibles à l'ordre public que le législateur entend défendre[1837]. La liberté individuelle doit être préservée, la privation ou la limitation de celle-ci ne peut être que l'exception. Par conséquent, une incrimination apparaît légitime si elle est absolument nécessaire. Au surplus, non seulement l'incrimination doit être utile mais encore la sanction, ce qui traduit une exigence de proportionnalité entre la gravité du trouble résultant de l'infraction et la gravité de la peine encourue et prononcée à l'encontre de l'auteur[1838].

460. En Allemagne, l'adage *« Nullum crimen, nulla poena, sine lege »* est également un principe cardinal, contenu à l'article 103 §2 du texte constitutionnel[1839]. Mais comme dans les autres pays d'inspiration germanique, la limite matérielle essentielle à la création de nouvelles infractions tient à l' *« exclusive protection des biens juridiques »*[1840]. Arrêtons-nous un moment sur ce précepte, seul fondement admissible du droit de punir en ce qu'il écarte les suspicions d'arbitraire du législateur.

461. Après la chute du régime nazi, le choix a été fait de proclamer les libertés et droits fondamentaux de l'individu dans la Loi Fondamentale[1841], qui viennent circonscrire le

---

1837 Art. 5 DDHC : *« La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. »*

1838 Art. 8 DDHC : *« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».*

1839 L'article 93 §4.a prévoit explicitement la possibilité d'un recours devant la Cour constitutionnelle allemande pour quiconque s'estime lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux, y compris celui de l'article 103 §2.

1840 Principe formulé par Franz VON LISZT. Voir *Tratado de derecho penal*, Tome II, op. cit., p. 6. Il rejoint le principe dit « de l'Etat de droit » visé à l'article 28 §1 de la Loi Fondamentale, qui limite le champ pénal aux interventions strictement nécessaires pour assurer la vie des membres d'une collectivité. Cf. Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand (République fédérale),* Tome II – Droit public, Droit pénal, Cujas, 1ère éd., 1984, p. 259.

1841 Sur l'adoption de la *Grundgesetz,* Introduction générale §17. Pour des extraits du texte tel qu'adopté en 1949, voir annexe n° II, sur cd. Pour une traduction française de la version aujourd'hui, voir **[en ligne]** sur http://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf (consulté le 7 août 2013).

champ pénal comme autant de biens juridiques à sauvegarder. Ce texte consacre donc toute sa première partie (articles 2 à 17) à l'énumération de ces droits et l'article 1 §3 dispose :

> « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droits directement applicables. »

Sans prétendre à l'exhaustivité, relèvent de cette catégorie le droit au libre épanouissement, à la vie et à l'intégrité physique (article 2), la liberté d'opinion (article 5), la liberté de circulation et d'établissement (article 11) et le droit d'asile (article 16a). L'article 19 prévoit, quant à lui, que seule la loi peut restreindre un droit fondamental pour autant qu'il ne soit pas atteint dans sa substance. Ainsi constitutionnalisée, cette liste précise de valeurs essentielles est l'expression d'un véritable programme de politique criminelle. Le bien juridique est utilisé pour limiter le *ius puniendi* à leur protection.

Cette approche efficace est néanmoins fort restrictive : les intérêts qui ne sont pas directement garantis par la Loi Fondamentale sont exclus de la discipline répressive et ne peuvent être protégés que par d'autres branches du droit, moins attentatoires aux libertés. C'est pourquoi, une partie de la doctrine envisage, à côté des biens juridiques *« intégrés »* à la Constitution, des biens juridiques dits *« intégrables »* définis par le législateur[1842]. D'autres vont encore plus loin et considèrent que toutes les incriminations qui ne seraient pas contraires à la Constitution protègeraient un bien juridique[1843]. Mais cette proposition est peu convaincante car elle fait du bien juridique un objet purement formel, sans consistance. Rien d'illogique à ce qu'elle n'ait pas été consacrée contrairement à la première qui, elle, semble bien ancrée. En effet, il existe en Allemagne un secteur pénal beaucoup plus vaste que les infractions aux seuls droits fondamentaux constitutionnels, qui est défini par le législateur. Comme l'explique Klaus Tiedemann, *« en accord avec le principe démocratique (...) on [exige] ici, quand la Constitution ne contient pas elle-même un programme de politique criminelle, le consensus de toute la société sur l'incrimination*

1842 Termes employés par Marion LACAZE (*Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 9) à partir de la classification plus complexe opérée par Pablo CUESTA PASTOR, dans sa thèse *Delitos obstaculo : tension entre politica criminal y teoria del bien juridico*, Université de Grenade, 2002, Comares, 2002, 307p.

1843 Pour de plus amples explications, Hernan HORMAZABAL MALAREE, *Bien juridico y estado social y democratico de derecho : el objeto protegido por la norma penal*, op. cit., pp. 124-126.

des comportements »[1844]. L'auteur ajoute qu'est aussi admise *« une compétence exceptionnelle du législateur pour légiférer sans un tel consensus, et ceci pour créer des valeurs dans des secteurs nouveaux de la vie sociale comme surtout la protection pénale de l'environnement et de l'économie »*[1845]. Dans l'un et l'autre des cas, deux critères doivent être réunis. L'un est éthique : que l'interdit s'intègre harmonieusement dans l'ensemble pénal existant. Le second est empirique : que le comportement en cause soit jugé suffisamment nocif pour la société pour commander une sanction.

462. Outre cette précision sur le contenu des biens juridiques protégés, il faut encore expliquer en quoi consiste le précepte d'exclusive protection. Il est en réalité très proche du principe de nécessité, à cela près que l'on a coutume de le décomposer en trois notions : l'*ultima ratio*[1846], le caractère fragmentaire du droit pénal et la proportionnalité des moyens.

Concrètement, l'*ultima ratio* induit deux conséquences complémentaires. D'une part, même pour protéger les libertés fondamentales constitutionnelles, le législateur n'est jamais absolument contraint de recourir à la loi pénale[1847]. D'autre part, en dehors du champ prescrit par la Loi Fondamentale, il n'est pas pleinement libre du choix des intérêts à valoriser par la création d'une incrimination. Puisqu'il s'agit de la plus grave intrusion de l'Etat dans les droits de la personne, la matière pénale ne doit venir protéger que les valeurs les plus essentielles. Son utilisation n'est légitime que si toutes les autres mesures – civiles ou administratives – échouent à répondre à une difficulté persistante, à endiguer une

---

1844 Klaus TIEDEMANN, « La constitutionnalisation de la « matière pénale » en Allemagne », *R.S.C.*, 1994, p. 9.

1845 Ibidem.

1846 Cette règle a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine germanique, certainement plus que n'importe où ailleurs. Voir en particulier Claus ROXIN, *Strafrecht : Allgemeiner Teil – Band I : Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ème éd., Munich, C.H. Beck Verlag, 1997, pp. 11-30.

1847 C'est ce qu'a décidé la Cour constitutionnelle fédérale dans deux décisions du 25 février 1975 (*BVerfGE*, 39, p. 1) et du 28 mai 1993 (*BVerfGE*, 88, p. 203) relatives à l'avortement.

attitude hautement blâmable : *« that is why punishment is called the « ultima ratio of social policy », and why its task is defined as the « subsidiary » protection of Rechtsgüter »*[1848].

Par ailleurs, le recours au droit pénal doit être sélectif ou *« fragmentaire »*[1849]. Il ne s'agit pas de protéger l'ensemble des biens juridiques contre l'ensemble des atteintes ou des risques qu'on peut leur faire courir, mais seulement les biens juridiques les plus importants contre les attaques les plus sérieuses.

Enfin, d'une manière tout à fait classique, il est impératif de respecter une exigence de proportionnalité, c'est-à-dire de mettre en balance la peine fixée par le texte, d'un côté, et la gravité de l'atteinte portée au bien juridique, l'importance de ce dernier et le degré de volonté manifestée dans l'infraction, d'un autre côté.

463. On le voit, le travail normatif est *a priori* enserré dans des exigences théoriques strictes qui tournent autour des notions de nécessité et de proportionnalité. Dans l'idéal, les législateurs devraient toujours tenir compte du seuil de rupture entre ce qui relève de la nuisance grave à la société et ce qui n'en relève pas, comme la simple atteinte à la morale par exemple. Cependant, le contrôle exercé par les juges sur le respect de ces principes étant relativement modeste, la liberté d'action des parlementaires est dans les faits particulièrement étendue.

B. RENFORCER LE CONTROLE DES JUGES

464. Une orientation commune peut être dégagée de l'analyse des jurisprudences constitutionnelles allemande et française : si elles sont aptes à contrôler l'action législative, les juridictions suprêmes se montrent en pratique réticentes à censurer les nouvelles incriminations créées par les législateurs et la définition qui en est donnée.

1848 *« C'est pourquoi la répression est appelée « dernier recours de police sociale », et pourquoi son action est considérée comme subsidiaire dans la protection des biens juridiques. »* (Traduction proposée). Cf. Nils JAREBORG, « Criminalization as Last Resort », op. cit., p. 525.

1849 Terme notamment employé par Claus ROXIN *: Allgemeiner Teil – Band I : Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, op. cit., p. 25.

Le *Bundesverfassungsgericht* est très vigilant à ne pas intervenir dans la politique criminelle développée et refuse d'invalider des dispositions sur le fondement de l'exclusive protection des biens juridiques. Certes, il affirme depuis 1969 que *« la tâche du droit pénal est de protéger les valeurs élémentaires de la vie en commun »* et que *« ce qui appartient indiscutablement au noyau du droit pénal peut être déduit de l'ordre constitutionnel des valeurs »*[1850]. On retrouve l'idée selon laquelle la première limite au droit étatique de punir est la liste des libertés individuelles fixées dans la Loi Fondamentale. Néanmoins, les hauts juges admettent que le rôle du législateur ne se borne pas à appliquer la constitution et qu'il est libre de choisir, parmi les options qui s'offrent à lui, la configuration qu'il estime la meilleure. Par conséquent, ils répugnent à critiquer tant les incriminations adoptées que les peines encourues sur la base de l'*ultima ratio*, du caractère fragmentaire du droit pénal ou de la proportionnalité, mise à part l'hypothèse d'une erreur manifeste.

Il en est de même pour le Conseil constitutionnel français qui n'examine pas avec la même diligence tous les corollaires de la légalité criminelle. S'il n'hésite pas à condamner[1851] – ou à valider sous réserve d'interprétation[1852] – les lois pénales qui lui sont déférées pour manque de clarté et de précision, rares sont les censures qui se fondent sur la proportionnalité et surtout la nécessité. Tout en rappelant la soumission du législateur à ce dernier principe, les juges précisent qu'il doit jouir de la plus grande liberté dans l'appréciation de l'opportunité d'une nouvelle incrimination ou sanction. En somme, le Conseil constitutionnel estime qu'il ne lui *« appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur »*[1853]. Comme en Allemagne, seule l'erreur manifeste

---

1850 BVerfG, 16 juillet 1969, *BVerfGE*, 27, p. 18 et suivantes.

1851 Pour des exemples de censure, par voie d'action : Cons. const., 11 octobre 1984, n° 84-181 DC, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (*JORF*, 13 octobre 1984, p. 3200) ; par voie d'exception : Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, à propos de la définition du harcèlement sexuel de l'ancien article 222-33 CP (*JORF*, 5 mai 2012, p. 8015).

1852 Sur l'usage des réserves d'interprétation, Christophe POULY, « La crise de l'Etat de droit au prisme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Politeïa* n° 5, 2005, pp. 187-190.

1853 Cons. const., 3 septembre 1986, n° 86-214 DC, Loi relative à l'application des peines (*JORF*, 5 septembre 1986, p. 10788).

peut donner lieu à invalidation[1854]. Les orientations de la politique criminelle prises par l'autorité législative sont exclues du champ du contrôle.

465. Une grande partie de la doctrine approuve cette prudence du Conseil constitutionnel. D'aucuns voient dans cette attitude *« sage »* et *« modérée »*[1855] la mise en œuvre de la protection des justiciables contre l'arbitraire judiciaire. D'autres pointent dans ce quasi blanc-seing un paradoxe non négligeable : alors que la nécessité constitue un principe directeur de l'activité normative, elle est pratiquement laissée à la discrétion du législateur : *« [il] définit cette nécessité qui le conditionne »*[1856]. Aux termes de la jurisprudence des juges constitutionnels, la décision de créer un nouveau bien juridique pénalement protégé ne procède, de fait, que du bon vouloir du Parlement. Il est le seul en mesure d'en évaluer la légitimité en fonction des considérations – juridiques, sociales et éventuellement politiques – qu'il met en balance. Mais comment détermine-t-il les actions suffisamment nuisibles à la société pour déclencher une qualification pénale ?

466. Il faut bien admettre que ni le Code pénal français, ni la Constitution, ni même la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne sont éclairants sur les critères de nuisance. La même remarque s'impose à propos de la doctrine[1857] et de la jurisprudence

---

1854 Ce contrôle minimal a permis la censure d'un seul texte : l'incrimination jugée inutile de l'aide à l'entrée et à la circulation ou au séjour irrégulier des étrangers, déjà réprimée par les textes relatifs à la complicité d'actes de terrorisme, de recel de criminels ou d'association de malfaiteurs (Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, 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, *JORF*, 23 juillet 1996, p. 11108). A l'inverse, la double incrimination du harcèlement moral dans le Code pénal et dans le Code du travail n'a pas été censurée en 2002 (Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale, *JORF*, 18 janvier 2002, p. 1053).

1855 Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », *Politeïa* n° 5, 2004, p. 117. *Contra*, Philippe CONTE, « Caractère nécessaire et proportionné aux buts poursuivis des perquisitions effectuées au siège d'une entreprise de presse et d'une agence photographique (note sous Cass. crim., 5 décembre 2000) », *J.C.P. éd. G,* 2001, II, 10615, qui réfute l'idée d'une position mesurée et estime que le Conseil constitutionnel s'adonne à de véritables *« diktats »*.

1856 Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 164.

1857 A ce sujet, Marie-Elisabeth CARTIER parle de principe « Protée », pour exprimer que la nécessité de l'incrimination est souvent noyée au milieu des autres grands principes du droit pénal dans les documents doctrinaux, et généralement étudiée avec beaucoup moins d'application que le principe de

des juges répressifs qui se refusent à contrôler la constitutionnalité des lois et donc à donner une grille de lecture de ce qui mérite une sanction. Par leur travail d'interprétation, ils se contentent d'appliquer la loi au regard de la volonté du législateur, sans même rechercher si cette *ratio legis* est raisonnable du point de vue du principe de nécessité[1858].

Cette attitude frileuse peut surprendre comparée à celle adoptée par les juges répressifs allemands qui ne manquent pas d'user de leur pouvoir d'interprétation – prérogative plutôt étendue – pour restreindre le domaine des incriminations, lorsque cela est nécessaire à leurs yeux. Cette faculté leur permet de limiter l'incrimination au seul bien juridique protégé et d'exclure de son champ d'application des comportements qui, si on s'en tenait à la lettre du texte, pourraient être sanctionnés[1859]. Pour ce faire, ils disposent de nombreuses méthodes (analogie, téléologie, approches systémique et historique) et peuvent s'appuyer sur la coutume ou sur les principes généraux du droit pour se déterminer, pour autant qu'ils ne dépassent pas ce qui est littéralement prévu par la loi.

467. En conclusion, hormis cette faculté spécifique des juges ordinaires en Allemagne qui reste tout de même limitée par le contenu des dispositions à interpréter, on constate que l'évaluation des valeurs dignes de protection pénale dépend assez largement de l'appréciation du législateur, et ce, dans les deux Etats. Cette quasi-absence de contrôle explique que de nouvelles incriminations pénales soit adoptées, qui soulèvent de grandes controverses quant à leur opportunité. Les bornes posées au concept de bien juridique et les

---

proportionnalité des peines. Voir « Les principes constitutionnels du droit répressif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9-10 décembre 1995, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 155 et suivantes.

1858 Raphaële PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., p. 160.

1859 Si nous comparons avec l'Espagne, Pablo CUESTA PASTOR considère l'exclusive protection des biens juridiques comme le principe directeur de l'interprétation des tribunaux pénaux (dans sa thèse *Delitos obstaculo : tension entre politica criminal y teoria del bien juridico*, op. cit., p. 27-28). Il cite notamment un arrêt de l'Assemblée plénière du Tribunal suprême du 18 février 1994 qui refuse de prendre en considération la circonstance aggravante de lien conjugal dans un homicide, arguant de la détérioration des rapports entre les époux. Partant, il n'y a qu'une atteinte à la vie à l'exclusion d'une atteinte à la confiance mutuelle dans le couple. Comme le fait remarquer Marion LACAZE, cette remarque est tout à fait transposable à l'ensemble des systèmes juridiques d'inspiration germanique, au premier rang desquels le système allemand. Cf. *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 215.

limites fondamentales impérieuses ne sont pas aussi prégnantes que l'on pourrait l'espérer en présence de la législation la plus attentatoire aux libertés individuelles.

La sanction des atteintes à la mémoire s'inscrit visiblement dans cette tendance. Des comportements sont réprimés indépendamment de toute mesure de la gravité des nuisances causées à la société. En clair, les barrières juridiques sont contournées. Mais si c'était là la seule critique, on pourrait presque s'en accommoder ; c'est loin d'être le cas.

SECTION II.

CONTESTATION DU RECOURS AU DROIT PENAL POUR LA PROTECTION DE LA MEMOIRE

> « La loi pénale protège des valeurs ou des intérêts essentiels pour la société ; autrement dit, elle protège des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun. »[1860]

468. Près de soixante-dix ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale, alors que la génération des auteurs et victimes directes des exactions est en passe de disparaître, le traumatisme de cette période reste bien présent. Même si certains prônent son dépassement, force est de constater que la douleur est sans cesse réactivée par l'exploitation politique et médiatique qui en est faite (discours, commémorations, supports culturels divers, etc.) et l'adoption de dispositions pénales récentes qui viennent protéger la mémoire.

1860 Emmanuel DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *R.P.D.P.*, 1977, p. 413.

Nous avons vu que les deux Etats de notre étude connaissent aujourd'hui ce type de programme de politique criminelle, notamment au moyen de l'incrimination du négationnisme[1861]. Ce phénomène apparaît toutefois plus flagrant à l'ouest du Rhin, ce qui a poussé la doctrine, prolifique[1862], a développé la notion inédite de « lois mémorielles »[1863]. Les procès tardifs[1864] avaient déjà amorcé un processus de judiciarisation du passé ; le vote de ce type de textes procèdent de la même démarche. Par la lutte contre la négation de faits historiques avérés, l'objectif poursuivi est de reconnaître symboliquement les mémoires blessées par les remises en cause discursives.

Pourtant, maintes critiques d'ordre juridique, philosophique et politique sont soulevées à l'encontre de cette tendance à la « récupération » des questions mémorielles et, corrélativement, historiques. Comment ne pas penser aux controverses nées du texte français de 2012 relatif à la répression de la négation du génocide arménien[1865] ? A l'heure où on s'interroge sur l'opportunité et les conditions de l'entrée de la Turquie au sein de l'Union européenne, la France est clairement venue perturber le jeu des négociations en étudiant l'éventualité d'une telle pénalisation[1866]. Et au-delà du volet diplomatique, les premières réactions et les principales désapprobations ont émané de la communauté scientifique. Rapidement, le curseur de la polémique s'est placé sur le terrain de la pertinence du recours à l'outil normatif, *a fortiori* pénal, pour protéger la mémoire. L'enjeu est grand et le débat, particulièrement vif, entre mansuétude et feu nourri de réprimandes.

1861 Dans le chapitre précédent.

1862 La polémique sur les lois de mémoire a donné lieu à de très nombreux écrits doctrinaux, ce qui explique que les références prises dans cette section soient majoritairement françaises.

1863 Sur la notion de lois mémorielles, supra §§421-423.

1864 C'est-à-dire les instances Barbie, Touvier et Papon étudiées précédemment §§233-239.

1865 Texte déjà abordé §§425-426 et §438.

1866 Le vote en décembre 2011 par l'Assemblée nationale d'une proposition de loi condamnant la négation des génocides reconnus par l'État français dont celui des Arméniens, a eu des retombées diplomatiques immédiates. La Turquie a fait savoir son mécontentement et dénoncé une trahison de l'Histoire. En guise d'avertissement, elle a fait rappeler son ambassadeur. La loi a néanmoins été adoptée à son tour par le Sénat en janvier 2012, mais a été censurée le Conseil constitutionnel (décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012 précitée). La polémique n'en est pas pour autant close, puisque le Président de la République François Hollande a reçu en novembre 2012 son homologue arménien et lui a promis de faire voter de nouveau un texte en ce sens. Deux projets sont actuellement à l'étude (supra §439).

Il se définit de deux façons, en termes de légitimité et de capacité : le droit pénal doit-il protéger la mémoire ? Le cas échéant, le peut-il concrètement ?

§ 1. LE DROIT PENAL DOIT-IL PROTEGER LA MEMOIRE ?

469. Nombreux sont réfractaires au phénomène que Pierre Nora qualifie de *« poussée mémorielle »*[1867] au sein du droit pénal. Le législateur dépasserait ses missions en protégeant, via un texte de loi, la mémoire – une mémoire ? – d'événements douloureux passés. En la matière, le débat se cristallise autour de deux idées : l'une récurrente est celle de l'illégitimité *« d'interdire l'expression de certaines idées dans une société qui repose sur le postulat selon lequel la vérité naît de la libre confrontation des opinions »*[1868], c'est-à-dire de pénaliser la recherche historique ; l'autre, plus rarement mise en lumière mais tout aussi importante, tient au développement d'un droit pénal dont la fonction devient purement « promotionnelle »[1869].

A. UNE PENALISATION DE LA RECHERCHE HISTORIQUE

470. Les dispositifs mémoriels pénaux en vigueur marquent une rupture avec les politiques législatives qui avaient cours antérieurement, plutôt fondées sur la notion de *« droit au souvenir »*[1870]. Il s'agissait de célébrer la mémoire des soldats morts pour la patrie. Aujourd'hui, la législation *« [introduit] une inversion de l'héroïsation : au héros du droit au souvenir (...) a succédé le héros du devoir de mémoire »*[1871]. Les lois à caractère mémoriel s'inscrivent dans cette ligne de protection de la mémoire des « morts à cause

---

1867 Pierre NORA, « Pour une histoire au second degré », *Le Débat* n° 122, 2001, p. 27.

1868 Patrick WACHSMANN, « Liberté d'expression et négationnisme », *R.T.D.H.,* 2001, p. 587.

1869 L'expression « droit pénal promotionnel » est empruntée à Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., pp. 227-230.

1870 A propos de cette notion, Serge BARCELLINI, « Du droit au souvenir au devoir de mémoire », *Cahiers français de la Documentation française* n° 303, 2001, p. 24 et suivantes.

1871 Ibidem.

de », comme une compensation des créances de l'histoire. Mais le devoir de mémoire[1872], doublé d'un tacite devoir de vigilance entendu sur le registre du « plus jamais ça », conduirait-il à amoindrir, voire confisquer, le droit à l'histoire ? La question déchaîne les « passions doctrinales » depuis maintenant plus de vingt ans.

471. L'opposition vient d'hommes politiques et d'intellectuels – historiens, écrivains, philosophes[1873] mais aussi juristes[1874] – pointant une dynamique de sanctuarisation du passé qu'ils jugent inique. Ces lois *« [procèdent] d'une même volonté : « dire » l'histoire, voire la qualifier (...) pour, d'une manière ou d'une autre, faire œuvre de justice au travers de la reconnaissance de souffrances passées »*[1875]. Pour eux, les parlementaires s'aventurent hors de leur domaine lorsqu'ils interviennent en matière mémorielle et se prononcent *de facto* sur un événement historique[1876]. Ils se font *« législateurs-*

1872 Il apparaît parfois comme une spécificité française qu'on relie traditionnellement au caractère exemplaire et universel de la DDHC. La vocation de la France en matière de promotion et de défense des droits individuels lui impose de reconnaître les souffrances résultant des crimes qui ont massivement violé ces mêmes droits. Voir en ce sens Christiane TAUBIRA, Rapport n° 1378 sur les propositions de loi n° 1297 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'escalavage en tant que crime contre l'humanité, n° 792 relative à la célébration de l'abolition de l'esclavage en France, n° 1050 tendant à perpétuer le souvenir du drame de l'esclavage, et n° 1302 relative à la reconnaissance de la traite de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 10 février 1999, pp. 23-24.

1873 *« Dans un Etat libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique. La politique d'Etat, même animée des meilleures intentions, n'est pas la politique de l'histoire. »* Extrait de la pétition « Liberté pour l'histoire » lancée en novembre 2005 par 19 historiens dont Pierre NORA, Pierre VIDAL-NAQUET et Françoise CHANDERNAGOR, signée par plus de 600 personnes et publiée dans le journal *Libération* le 13 décembre 2005.

1874 *« Sous couvert du caractère incontestablement odieux du crime ainsi reconnu, le législateur se substitue à l'historien pour dire ce qu'est la réalité historique et assortir cette affirmation de sanctions pénales ».* Extrait de l'appel de 56 juristes à l'abrogation des « lois mémorielles », Dépêche A.F.P., 21 novembre 2006.

1875 Rapport n° 1262 « Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée » précité, p. 34.

1876 C'est pourquoi l'inconstitutionnalité des lois de mémoire françaises est mise en évidence. Les articles 34 et 37 relatifs à la répartition matérielle des compétences loi/règlement n'autorisent pas une telle ingérence. Ces dispositions constitueraient donc une *« violation de la Constitution par consensus »*, comme l'explique Bertrand MATHIEU (« Les lois mémorielles ou la violation de la Constitution par consensus », *Dalloz*, 2006, p. 3001).

Cet argument est particulièrement fort à l'encontre de la loi du 29 janvier 2001 qui vient qualifier de « génocide » un épisode de l'histoire survenu il y a plus d'un siècle dans un pays étranger. Robert BADINTER y voit l'équivalent d'une condamnation de la part du législateur se substituant au juge, par violation du principe fondamental de séparation des pouvoirs (Audition devant la mission d'information

historiens »[1877]. Ils participent au dialogue scientifique et viennent, par leur vote, cristalliser le passé qu'ils interprètent. Ils sont même parfois amenés à trancher des questions restées en suspens. A travers la remise en cause de la stricte séparation des domaines juridique et historiographique, une certaine judiciarisation de la recherche est opérée. Le danger de l'édification de cette « vérité d'Etat » est celui d'une violation des libertés fondamentales d'opinion, d'expression et de communication des historiens[1878]. Pèse sur eux la menace d'un procès, censure déguisée de leurs travaux qui paralyse leur action, puisque sont désignées des victimes et des descendants de victimes, *« des ayants droit qui vont porter plainte parce qu'ils sont offensés par quelqu'un qui ira contre l'appréciation consacrée par la loi »*[1879]. En conséquence, l'effet *« historicide »*[1880] de ce phénomène ne peut être nié. En outre, l'accumulation de ce genre de textes ouvre une brèche pour la multiplication de lois dites « scélérates »[1881] qui bousculeraient l'équilibre du droit de la presse par l'établissement de délits d'opinion.

---

sur les lois mémorielles le 4 novembre 2008, annexée au rapport n° 1262 précité, p. 430). Pour une critique similaire, Georges VEDEL, « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », *François Luchaire, un républicain au service de la République – Liber Amicorum*, Publications de la Sorbonne, 2005, pp. 46-47.

1877 Marc FRANGI, « Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005, p. 255.

1878 Rappelons que ces libertés sont consacrées dans les dispositions à valeur constitutionnelle allemandes (art. 5 de la Loi Fondamentale et particulièrement §3 : *« L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres »*) et françaises (art. 10 DDHC : *« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »* et art. 11 DDHC : *« 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 des cas déterminés par la loi »*), de même que dans l'article 10 §1 de la Convention EDH.

1879 Position soutenue par le philosophe Paul THIBAUD, devant la mission d'information sur les lois mémorielles, audition du 10 juin 2008 annexée au rapport n° 1262 précité, p. 260.

1880 Terme régulièrement employé par la doctrine, notamment Emmanuel CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité », *R.F.D.C.* n° 67, 2006, p. 528.

1881 Cette appellation a été utilisée pour la première fois par référence aux ordonnances de 1830 de Charles X, portant censure de la presse. Mais c'est surtout sous la III^{ème} République qu'elle connaît son « succès », désignant trois lois votées dans l'urgence afin de lutter contre des actions anarchistes qui visaient à déstabiliser la société (loi du 12 décembre 1893 portant modification des articles 24, paragraphe 1er, 25 et 49 de la loi du 29 juillet 1881; loi du 18 décembre 1893 sur les associations de malfaiteurs ; loi du 28 juillet 1894 tendant à réprimer les menées anarchistes). Depuis, est baptisée « loi scélérate » tout texte qui instaure un délit d'opinion et porte atteinte au droit de la presse.

Imposant non seulement une mémoire mais encore une histoire officielles, le devoir de mémoire est donc appréhendé avec la plus grande sévérité comme une franche *« imposture (…) au nom d'une conscience universelle »*[1882].

472. En réponse à ces récriminations, les partisans de la politique législative de mémoire estiment que le législateur « co-exerce » la souveraineté nationale dont le peuple est titulaire et, à ce titre, a toute légitimité pour investir le domaine mémoriel[1883]. Ce courant doctrinal considère également que la réflexion scientifique n'est pas empêchée ni la connaissance, figée, surtout si l' « histoire officielle » converge vers l'Histoire telle qu'elle a été vécue. Sanctionner le discours niant une réalité scientifiquement prouvée[1884], qui au demeurant traduit une pensée raciste et donc contraire à l'ordre public, n'est pas priver la recherche de sa latitude d'action. En aucun cas il ne s'agit de contraindre les historiens à « conclure » à l'existence d'un génocide ou d'un autre crime de masse. Ces lois n'interdisent pas non plus d'affiner la connaissance des événements, qui n'est pas absolue et à vocation à évoluer. Par ailleurs, ce dispositif offre une garantie efficace contre le dévoiement des fonctions juridictionnelles. Il évite au juge d'avoir à se prononcer sur la qualité historienne des discours qu'il a à examiner. Il doit simplement apprécier le respect ou non des normes écrites et n'est plus tenté d'évaluer la véracité d'un événement[1885]. Au

---

1882 Félix ROME, « Toute loi mémorielle est-elle un mal en soi ? », *Dalloz*, 2012, p. 601.

1883 C'est pourquoi, il n'y aurait aucune inconstitutionnalité des textes français, d'autant que l'article 34 de la Constitution détermine *« l'intensité de l'intervention du législateur dans un certain nombre de matières »* mais *« ne revêt pas pour autant un caractère exhaustif »*. D'autres normes doivent être prises en compte, qui concourent à la définition de cette compétence matérielle, comme la Déclaration de 1789. Cf. Erwann KERVICHE, « La Constitution, le Chercheur et la mémoire », *R.D.P.*, 2009, p. 1075.

1884 Et pour les actes relevant du génocide des Juifs au cours de la Seconde Guerre mondiale, revêtus de l'autorité de la chose jugée par les juridictions répressives des Etats et le Tribunal interallié de Nuremberg C'est pourquoi Jean-François FLAUSS, reprenant une expression de la Cour de Strabourg, estime à propos de la loi Gayssot qu'elle s'appuie sur *« une vérité historique notoire »* (« la Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in Elisabeth ZOLLER (sous la dir.), *La liberté d'expression aux Etats Unis et en Europe*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 125). De même, Jérôme BOSSAN parle de *« cristallisation »* pour mettre en avant l'idée que les faits visés par cette loi et leur qualification ont été juridictionnellement fixés et sont insusceptibles d'être discutés (« La loi Gayssot », in *La mémoire et le crime*, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Cujas, 2011, p. 138).

1885 En ce sens, toujours à propos de la loi du 13 juillet 1990, Michel TROPER écrit : *« Les adversaires libéraux de la loi Gayssot font valoir à juste titre qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'établir la*

surplus, aucune « censure » – au sens littéral d'interdiction de publication – ne peut être invoquée. Le but est de décourager la parution de propos jugés antidémocratiques par la prévision de sanctions encourues en cas de poursuites et de condamnation, au terme d'une procédure judiciaire équitable.

Finalement, pour ces auteurs, il n'y a pas de place pour le débat. La réalité des faits passés ne procède pas de la conclusion des travaux des historiens mais bien des événements sur lesquels ils œuvrent, pour établir le contexte et les raisons de leur survenance. Il n'est pas question de décider s'ils ont eu lieu ou non : *« la réalité des faits existe en dehors de leurs discours »*[1886] et donc en dehors de tout échange d'opinions contradictoires.

473. Quoi qu'il en soit, le Parlement est-il vraiment dans son rôle lorsqu'il adopte *« des lois qualifiant ou portant une appréciation sur des faits historiques, a fortiori lorsque celles-ci s'accompagnent de sanctions pénales »*[1887] ? On ne peut que le contester, ce qui conduit à s'interroger sur une seconde problématique, complémentaire, relative aux fonctions reconnues au droit criminel.

B. UN DROIT PENAL « PROMOTIONNEL »

474. Antoine Garapon dit, à propos du procès Papon[1888], que la justice est devenue *« l'auxiliaire de la mémoire »*[1889]. Cette observation pourrait aussi bien s'appliquer à la

---

vérité historique, mais cet argument apporte en réalité à cette loi une justification supplémentaire, car elle évite précisément aux juges de jouer un rôle pour lequel ils ne sont pas qualifiés. C'est au contraire, en l'absence d'une telle loi que les procès faits aux écrivains négationnistes pourraient conduire les juges à examiner si ces thèses sont mensongères » (« La loi Gayssot et la Constitution », *Annales Histoire et Sciences Sociales* n° 6, 1999, p. 1251).

1886 Ibidem.

1887 Rapport n° 1262 précité, p. 181.

1888 Sur l'affaire Papon, voir supra §§237-238.

1889 Antoine GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Odile Jacob, 2002, p 170. Cette remarque vaut pour l'ensemble des procès tardifs aussi bien en France qu'en Allemagne où ont encore lieu des instances de ce type.

branche normative du droit criminel lorsqu'elle protège la mémoire. Ce dispositif rend ostensible la *« vague compassionnelle »*[1890] qui secoue toujours la France – et, dans une moindre mesure, l'Allemagne – et qui conduit à un quasi renversement des fonctions du droit criminel.

475. La sanction est sans conteste la plus évidente des fonctions du droit pénal qui est avant tout élaboré pour punir les comportements dangereux pour l'ordre public ou contraires aux exigences de la vie en société. De plus, en même temps qu'il permet la répression, le droit criminel la régule pour sauvegarder la liberté individuelle. On parle de *« fonction protectrice »*[1891] qui permet à l'individu de connaître les limites de son action et le met à l'abri de toute poursuite arbitraire. Un troisième aspect tient au rôle expressif de la loi pénale. Les législateurs montrent leur attachement au respect de telles ou telles valeurs essentielles reconnues par la conscience collective, en les traduisant par des interdits susceptibles d'engendrer des peines contre ceux qui les méconnaissent. A cet égard, le droit pénal entretient des rapports étroits avec la morale bien que les deux matières ne se confondent pas[1892]. Les difficultés apparaissent lorsque d'une fonction expressive, on passe à une *« fonction déclarative »*[1893], ce qui est le cas en matière de protection pénale de la mémoire. En effet, progressivement, ce rôle qui non seulement facilite mais encore impose l'intériorisation de normes sociales tend à supplanter la vocation punitive.

476. On le sait, une analyse des lois mémorielles en tant que « bloc homogène » n'est pas possible puisqu'elles ne sont pas toutes « répressives », terme entendu au sens strict

---

1890 Robert BADINTER, « Ne pas confondre justice et thérapie », Propos recueillis par Alain SALLES, *Le Monde*, 9 septembre 2007.

1891 Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 15ème éd., Economica, 2008, p. 26. Cette fonction est directement liée au principe déjà étudié de légalité criminelle.

1892 Ainsi, certaines infractions n'ont pas de fondement moral puisqu'elles sanctionnent des manquements à la discipline sociale, notamment en matière de contraventions routières. A l'inverse, nombre d'attitudes que la morale dominante réprouve ne sont pas ou ne sont plus érigées en infractions : l'adultère, le mensonge simple, etc. Emile GARÇON schématise la relation entre le droit pénal et la morale sous forme de deux cercles qui se chevauchent et qui ont à la fois une aire commune et des surfaces propres. Cf. *Le droit pénal – Origines, évolution, état actuel*, Payot, 1922, p. 131.

1893 Christine LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *R.S.C.*, 2004, p. 194.

d' « incriminatrices »[1894]. Il en est de même en Allemagne puisqu'à l'heure actuelle l'unique texte pénal est le §130 StGB, à l'exclusion de la résolution du *Bundestag* adoptée en 2005[1895]. Pourtant, que les textes contiennent une incrimination ou non, ils sont tous liés par l'utilisation d'une terminologie commune, à connotation pénale[1896], qui n'est pas anodine. La résonance particulière donnée à la qualification légale d'événements historiques, combinée à la demande toujours grandissante de sécurité de l'opinion publique, entretient l'illusion selon laquelle le droit – et particulièrement le droit pénal – peut couvrir à lui seul toutes les souffrances des victimes et de leurs descendants. La loi est adoptée pour rassurer, voire consoler, et fédérer autour d'événements sur lesquels elle se focalise. L'aspect symbolique et pédagogique de la norme devient prééminent[1897].

477. Parallèlement, il est intéressant de réfléchir à l'objectif profond d'un tel dispositif. Il s'agit bien sûr de réaffirmer l'attachement des Etats à un certain nombre de valeurs universelles qui risquent d'être indirectement atteintes par des discours jugés inconvenants : la tolérance, le multiculturalisme, l'égale dignité des êtres humains, etc. On

---

1894 Cf. supra §420 et suivants.

1895 Résolution évoquée supra §418.

1896 Dans les intitulés des lois de 2001, sont utilisés les termes « génocide » et « crime contre l'humanité », les plus graves des infractions connues par le droit français. Quant à la loi de 2005, son contenu laisse apparaître les mots « souffrances », « victimes », « massacres », « exactions ». De plus, l'article 5 porte la trace d'une tentation répressive : *« Sont interdites : toute injure ou diffamation commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki, d'ancien membre des formations supplétives ou assimilés ; toute apologie des crimes commis contre les harkis et les membres des formations supplétives après les accords d'Evian. L'Etat assure le respect de ce principe dans le cadre des lois en vigueur ».* Le même constat peut être fait à propos du contenu de la résolution du *Bundestag* allemand, avec l'emploi de termes traduisant une grande violence : « anéantissement total », « expulsion et élimination organisée », « atrocités ».

1897 Le même phénomène est souvent épinglé par la doctrine en présence de lois dites « de sécurité intérieure », multipliées par le législateur qui prétend répondre aux craintes – vraies ou supposées – de la population, mais dont l'efficacité est remise en cause par leur imprécision, l'inutilité de leur adoption ou leur ineffectivité pratique. Pour des exemples de critiques, Christine LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré du vent », *R.S.C.*, 2009, p. 689 ; Valérie MALABAT, « Les infractions inutiles – Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in Valérie MALABAT, Bertrand DE LAMY et Muriel GIACOPELLI (sous la dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, pp. 71-77 ; Denis SALAS, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Hachette, Coll. Littératures, 2005, notamment pp. 40-62. Sur l'exemple significatif de la législation relative aux « chiens dangereux », Frank ALEXIS, « De la protection des personnes contre les chiens dangereux », *A.J.D.A.,* 2008, p. 1821.

peut aussi penser au respect dû aux défunts découlant du principe de dignité, qui est le fondement d'infractions déjà existantes[1898].

Mais au-delà de cette consolidation de l'ordre social établi, les législateurs n'auraient-ils pas l'ambition de promouvoir une nouvelle valeur, la valeur « mémoire des crimes » ? Un courant doctrinal résolument utilitariste prônerait certainement la légitimité d'une telle intervention. Elle contribuerait au maintien de la stabilité sociale menacée par un danger jusqu'alors inconnu, celui de la négation des faits historiques massivement traumatisants. Cette position, qui n'est pas sans rappeler l'amalgame *ratio legis*/bien juridique, pose toutefois une difficulté fondamentale et on ne peut que discuter son opportunité. Par le spectre d'une sanction, existant même en l'absence d'incrimination dès lors que sont désignés des « ayants-droits », il semble que les législateurs cherchent à éduquer et modifier les comportements sociaux. A considérer cette hypothèse validée, le devoir de mémoire serait à l'origine d'un dépassement considérable du rôle du droit pénal comme outil de contrôle de la déviance. La loi répressive se ferait véritable *« institutrice morale de la nation »*[1899] et, dans un renversement de la conception du bien juridique protégé, imposerait d'envisager la mémoire comme une valeur digne de protection pénale, ce qui nous semble particulièrement reprochable. Souvenons-nous de la position du Conseil de l'Union européenne dans la décision-cadre sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal[1900]. Le message de l'article 1er est clair : la lutte contre les discours de négation ou de minimisation d'événements passés avérés doit être ancrée dans celle, plus large, menée contre le racisme et la xénophobie. Autrement dit, le droit pénal n'a pas pour but de protéger la mémoire en tant que telle[1901]. A plus fortes raisons, il ne peut avoir pour fonction de la « consacrer » en tant que bien juridique protégé.

1898 Art. 225-17 et suivants du Code pénal français (intégrés dans le Livre II « Des crimes et délits contre la personne », Titre II « Des atteintes à la personne humaine », Chapitre V « Des atteintes à la dignité de la personne », Section 4 « Des atteintes au respect dû aux morts ») ; infraction spécifique du §189 StGB sur le dénigrement de la mémoire des morts.

1899 Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19ème éd., Cujas, 2012, p. 114.

1900 Décision-cadre 2008/913/JAI étudiée dans le chapitre précédent.

1901 En ce sens, Jérôme BOSSAN, « La loi Gayssot », op. cit., p. 158. Cette conception permet certainement de balayer le reproche qui pourrait être formulé concernant l'intervention de l'Union européenne dans le domaine du négationnisme. L'objectif de la décision-cadre est bien la lutte contre toutes formes de

478. Par conséquent, de notre opinion, le droit criminel n'est certainement pas le mieux placé pour « freiner » l'usure de la mémoire des crimes de masse, inéluctable parce que tributaire des capacités humaines. D'ailleurs, si les intentions sont louables, les moyens dont il dispose sont-ils adaptés à une telle entreprise ?

§ 2. LE DROIT PENAL PEUT-IL PROTEGER LA MEMOIRE ?

479. Répondre par la positive est impossible puisqu'on constate que le dispositif pénal mémoriel ne peut échapper à deux difficultés majeures : la première, d'ordre sémantique, procédant de l'emploi de concepts juridiques récents (postérieurs à la Seconde Guerre mondiale) pour qualifier des faits qui leur sont antérieurs ; la seconde, d'ordre social partant du constat du développement de mémoires victimaires concurrentielles.

A. UNE UTILISATION ANACHRONIQUE DE CONCEPTS CONTEMPORAINS

480. Assurément, la protection de l'humanité n'était pas ignorée du droit international et des législations nationales avant 1939[1902]. Des auteurs considèrent que les fondements du concept de crime contre l'humanité, proche de celui de traitements inhumains et dégradants, remontent à la pensée de Beccaria qui écrivait à propos de la torture : *« c'est là ordinairement le résultat terrible de cette barbarie que l'on croit capable de produire la vérité, de cet usage digne des cannibales, et que les Romains, malgré la dureté de leurs mœurs, réservaient pour les seuls esclaves, pour ces malheureuses victimes d'un peuple*

racisme. L'intérêt juridique à protéger est clairement défini et apparaît donc plus légitime qu'il ne l'est dans les travaux internes. Soulignons que le groupe European criminal policy initiative, à l'origine du « Manifeste pour une politique criminelle européenne », qui s'est montré très critique à l'égard de cette décision-cadre (voir supra notes n° 1749 et 1753), n'a pas jugé bon de citer cet instrument dans la liste qu'il a fournie de textes posant difficulté au regard de l'intérêt légitime protégé (pp. 719-720).

1902 Sur ce point, nous prenons appui sur les explications de Jean-Philippe FELDMAN, « Crime contre l'humanité », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, (sous la dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, P.U.F., 2003, ainsi que sur l'article de Cherif BASSIOUNI, « Crimes contre l'humanité », in Roy GUTMAN et David RIEFF (sous la dir.), *Crimes de guerre – Ce que nous devons savoir*, Ed. Autrement, 2002, pp. 140-141.

dont on a trop vanté la féroce vertu »[1903]. D'autres affirment que la paternité de cette infraction doit être attribuée à Grotius. Ils relèvent dans son œuvre l'émergence d'une possible punition des autorités coupables de guerre injuste[1904] et la réorientation de la réflexion sur le conflit en tant que phénomène humain, relevant du droit conventionnel[1905]. D'autres encore[1906] voient dans certains actes très anciens un crime contre l'humanité. Ils estiment que cette infraction *« est intemporelle et ignore les barrières géographiques de la planète »*[1907], en prenant comme exemple les premiers charniers humains remontant au néolithique, découverts au cours de différentes fouilles archéologiques. De même, pour Pierre Truche, le code noir signé par Louis XIV en mars 1685 et qui régissait l'état et la capacité des esclaves dans les îles d'Amérique peut également revêtir cette qualification[1908]. Mentionnons enfin que des textes officiels ont abordé la question dès la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècles, telles que la Déclaration de Saint Petersbourg[1909] ou la Convention IV de La Haye[1910]. Dans la même optique, les

---

1903 Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1979, p. 74.

1904 Hugo GROTIUS, *Le Droit de la guerre et de la paix*, traduit par Paul PRADIER-FODERE en 1867, réédition aux P.U.F., Coll. Quadriges – Grands Textes, 2005, p. 697 et suivantes.

1905 Le droit des gens, volontaire et commun aux Etats, ouvrirait la voie au développement de principes internationaux négociés pour encadrer les faits de guerre et traduire les auteurs de transgression devant la justice. Ibidem, p. 783 et suivantes.

1906 Notamment Patrick ZILLHARDT « Crimes contre l'humanité – Victimologie », in Gérard LOPEZ et Stamatios TZITZIS (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, 2004.

1907 Ibidem.

1908 Ce code prescrivait que les Juifs soient chassés dans les trois mois et que tous les esclaves soient baptisés, afin de permettre le maintien de la discipline de l'Eglise catholique, apostolique et romaine. Pierre TRUCHE, « Le crime contre l'humanité », *Les cahiers de la Shoah* n° 1, 1994, p. 31 et suivantes.

1909 Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, en date du 11 décembre 1868 : *« Considérant que les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre ; que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ; qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible ; que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable ; que l'emploi de pareilles armes serait, dès lors, contraire aux lois de l'humanité ».*

1910 Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, en date du 18 octobre 1907 (*Deuxième Conférence internationale de la Paix*, La Haye, Actes et Documents, 1907, vol. 1, p. 626), préambule : *« En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, (...) les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».*

gouvernements britannique, français et russe n'ont pas hésité à parler de crimes de « lèse-humanité » pour dénoncer les actes de la Turquie contre le peuple arménien, en mai 1915[1911].

Mais il faut bien reconnaître que ce n'est qu'avec la fin du second conflit mondial en 1945 que les violences et meurtres collectifs sont appréhendés par le recours à une incrimination spécifique portant le nom de « crime contre l'humanité », fixée dans le Statut de Nuremberg (art. 6c). Ce qu'il y a d'inédit à l'époque, c'est l'idée d'une sanction attachée à cette nouvelle catégorie de crimes hors du commun, commis en application d'une idéologie totalitaire et dont la massification a été facilitée par les progrès technologiques.

481. Quant au « génocide »[1912], l'idée est née en 1933 dans l'esprit de Raphaël Lemkin[1913] alors que le massacre des Assyriens chrétiens en Irak est en cours mais totalement ignoré de la communauté internationale. Le philosophe, qui se souvient des exactions systématiques dont ont été victimes les Arméniens pendant la Première Guerre mondiale, décide d'étudier des propositions pour empêcher et prévenir de tels crimes. Ses travaux se concrétisent en 1944 par la création d'un néologisme formé des racines grecque *genos* (le genre) et latine *caedere* (tuer)[1914], qui servira à caractériser les crimes nazis commis à l'encontre de groupes discriminés pour leur appartenance religieuse ou ethnique. C'est par la Convention édictée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 9 décembre 1948, relative à la prévention et à la répression du génocide, qu'est juridiquement assise cette dénomination nouvelle. Son article 2 en donne la première définition concrète en établissant ses éléments matériel et intentionnel.

1911 Sevane GARIBIAN, « Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept de crime contre l'humanité dans les discours des juges à Nuremberg », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation,* Actes du colloque de la Faculté de droit de l'Université de Genève, 16 et 17 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 28-29.

1912 Pour une présentation très complète des contingences juridiques et politiques à l'origine de ce terme, voir notamment l'ouvrage d'Olivier BEAUVALLET, *Lemkin – Face au génocide*, Michalon, 2011, 123p.

1913 Professeur de droit, Américain d'origine polonaise.

1914 Utilisation de ce terme dans l'intitulé du chapitre IX de son étude *Axis Rule in Occupied Europe : Laws Of Occupation, Analysis Of Government, Proposals For Redress*, publiée par la Dotation Carnegie pour la Paix Internationale en 1944.

482. En somme, si l'idée de protéger l'humanité n'est pas récente, les qualifications pénales présentes dans les lois de protection de la mémoire des crimes étaient, elles, formellement inconnues avant les événements de la Seconde Guerre mondiale. Cet état de fait est fréquemment relevé par les contradicteurs du droit mémoriel, qui y voient un *« péché contre l'histoire, un péché d'anachronisme »*[1915]. Evidemment, il n'y a pas d'incohérence à utiliser l'expression « crime contre l'humanité » – ou le terme « génocide » – dans une loi incriminant la négation de faits commis entre 1939 et 1945 pour lesquels elle a justement été créée. En revanche, lorsqu'il s'agit de qualifier des épisodes plus anciens, le recours au langage juridique contemporain est inadéquat et ce, à au moins deux égards.

D'une part, cela ne convient pas à la méthodologie historiographique qui prescrit la plus grande prudence dans l'usage des notions récemment découvertes. Ainsi que le fait remarquer Françoise Chandernagor, *« le passé est une terre étrangère où il faut aller avec les mêmes précautions que nous irions en Amazonie. Les Indiens d'Amazonie, avec leur culture propre, raisonnent différemment de nous : maintenant, on l'a compris et on essaie de les protéger. Il en va de même pour le passé »*[1916]. L'écrivain prend pour illustration le décalage entre le nombre très important de Gaulois réduits en esclavage par les Romains (entre cinq-cent-mille et un million d'après les historiens) et celui, bien moindre, d'esclaves noirs. Elle explique ce phénomène par le mépris des Romains pour les esclaves gaulois qui ne s'étaient pas suicidés et n'avaient pas tué leurs enfants. Si on était esclave, c'est qu'on le souhaitait puisqu'il existait un moyen simple et rapide de sortir de cette condition par le suicide. Aucun lien ne peut donc être fait avec une quelconque considération raciste à cette époque, par opposition à l'acception contemporaine qu'on donne de l'esclavage.

D'autre part, cela n'est pas non plus adapté à la démarche juridique car on peut y déceler une forme particulière de rétroactivité. Sont potentiellement punissables, par le biais de la plainte des descendants meurtris, des discours qui atteignent la qualification

---

1915 Françoise CHANDERNAGOR, compte rendu de la table ronde du 14 octobre 2008 sur le thème « Le rôle du Parlement dans les questions mémorielles », annexé au rapport d'information n° 1262 précité, p. 392.

1916 Ibidem.

juridique donnée postérieurement à une infraction dont les auteurs sont morts depuis longtemps. En clair, est inventé un délit connexe – le délit de contestation ou minimisation – à un crime principal *de facto* non punissable. Cette position est notamment celle de Robert Badinter, à propos de la loi Taubira : *« Dire que la traite transatlantique était un crime contre l'humanité, c'est projeter un concept actuel sur une réalité qui, à l'époque ignorait cette qualification : les négriers avaient bonne conscience – atrocement au regard de notre sensibilité. Si donc le Parlement doit faire preuve de la dernière fermeté contre tout ce qui, aujourd'hui, pourrait constituer une forme quelconque de trafic d'êtres humains ou d'esclavage, il ne peut pas proclamer, contre le principe fondamental de non-rétroactivité, qu'il y a eu crime contre l'humanité à une époque où cette notion juridique n'existait pas »* **1917**.

483. On le comprend, les législateurs n'ont pas toute latitude pour se servir des outils juridiques dont ils disposent lorsqu'il s'agit de protéger la mémoire de crimes passés. C'est d'autant risqué que ce processus conduit à une suspicion de fragmentation de la société en de nombreux groupes victimaires, dont les revendications deviennent concurrentielles.

B. UNE CONCURRENCE DES MEMOIRES VICTIMAIRES

484. *« Ecrire la mémoire au pluriel. »***1918** C'est en ces termes que parle Alfred Grosser pour résumer la problématique de mémoire engendrée par les faits de la Seconde Guerre mondiale. Il n'existe pas « une » mais « des » mémoires, parfois convergentes, souvent concurrentes : *« il n'y a que dans les sublimations fictives de l'expérience que toutes les victimes sont fraternellement unies contre leurs oppresseurs. En réalité, (…) spontanément les victimes s'opposent plus qu'elles ne font cause commune »***1919**. Ainsi, dès la fin du

---

1917 Robert BADINTER, audition du 4 novembre 2008 annexée au rapport n° 1262 précité, p. 430.

1918 Alfred GROSSER, *Le crime et la Mémoire,* Flammarion, 1989, p. 88. L'expression est utilisée par l'auteur pour parler spécifiquement des mémoires allemandes à la fin de la Seconde Guerre mondiale mais elle nous semble tout à fait transposable à la situation actuelle dans les deux Etats.

1919 Jean-Michel CHAUMONT, *La concurrence des victimes : Génocide, identité, reconnaissance*, La Découverte/Poche, Coll. Sciences humaines et sociales, 2002, p. 169.

conflit et surtout à partir des années 1970, se sont multipliées, partout dans le monde et particulièrement en Europe, les associations d'anciens combattants et de victimes de la politique nazie. Parallèlement, on a vu émerger des mémoires dites « catégorielles » – c'est-à-dire fondées sur le souvenir d'un élément spécifique pris isolément comme la déportation concentrationnaire ou encore les camps de travail – et des mémoires dites « communautaires » – Juifs, Tziganes, Polonais, personnes discriminées en raison de leur homosexualité, etc. Ce mouvement s'est aujourd'hui étendu pour toucher d'autres événements historiques marquants, telles que la décolonisation ou encore le conflit israélo-palestinien.

Le danger inhérent à cette tendance est souvent mis en exergue, tiré de l'instrumentalisation des mémoires blessées. Les auteurs observent que les souffrances collectives du passé deviennent le support d'affirmations identitaires et d'une *« compétition victimaire lourde de violence sociale »*[1920]. Chaque groupe revendique d'être reconnu, commémoré et réparé. S'il n'y a pas d'affrontement proprement dit entre ces communautés, il s'agit d'obtenir une place dans la mémoire nationale, par une surenchère permanente des demandes adressées à la sphère politique, ce qui n'est pas sans conséquence. Cela contribue à *« occulter complètement l'intérêt commun qui, malgré tout ce qui les oppose, réunit néanmoins les différentes catégories de victimes du Reich et d'ailleurs : le souci de préserver une mémoire dont on puisse tirer des leçons efficaces »*[1921]. On assiste à la prolifération de minorités, non seulement raciales, ethniques et politiques, mais aussi victimaires, qui viennent compartimenter la société. Partant, on ne peut que craindre un repli identitaire qui, poussé à l'extrême, enfermerait chaque groupe dans le rejet de l'autre.

485. Le dispositif pénal mémoriel, loin d'atténuer cette *« grande bourrasque des affiliations communautaires »*[1922], semble l'amplifier[1923] et les reproches formulés à son

---

1920 Philippe BERNARD, « Communautarisme et cloisonnement des mémoires », *Le Monde*, 23 juin 2004.

1921 Jean-Michel CHAUMONT, *La concurrence des victimes : Génocide, identité, reconnaissance*, op. cit., p. 320.

1922 Philippe BERNARD, « Communautarisme et cloisonnement des mémoires », op. cit.

encontre sont particulièrement aiguisés : *« Le culturalisme est à l'esprit ce que le culturisme est au corps : une gonflette narcissique fortement antipathique. A donner raison à tous ces groupes qui cultivent ce qui sépare et non ce qui unit, le législateur n'apaise rien ; bien au contraire, il excite la détestation réciproque et propage la zizanie dans la société »*[1924]. L'avènement des *« grammaires victimaires »*[1925] dans le corpus juridique est susceptible de fragiliser la cohésion nationale. Offrir la protection du droit criminel à un groupe dénommé de victimes ou de descendants de victimes, c'est prendre le risque de susciter la jalousie des autres collectivités qui pensent, légitimement, mériter autant d'égards[1926]. C'est également attiser ce que Philippe Muray appelle, par détournement d'une expression freudienne bien connue, *« l'envie du pénal »*[1927] : combler absolument tout vide normatif, ne laisser aucune place au libre-arbitre et à la responsabilisation individuelle extrajuridique, notamment morale.

Beaucoup dénoncent le populisme sous-tendu par ce phénomène de *« redistribution d'estime sociale »*[1928]. Ils y voient un processus fondé sur des considérations majoritairement électorales, dans la perspective de futurs scrutins[1929]. Par l'élaboration d'une loi de protection de la mémoire, les parlementaires s'assurent les faveurs de la communauté qu'ils satisfont. Ils dévoient volontairement la loi pour en faire un instrument strictement politique, en répondant aux requêtes d'un groupe dont la visibilité médiatique

---

1923 *Contra*, Christiane TAUBIRA, compte rendu de la table ronde du 14 octobre 2008 sur le thème « Le rôle du Parlement dans les questions mémorielles », annexé au rapport d'information n° 1262 précité, p. 405 : *« l'acte législatif permet que les mémoires fragmentées deviennent la mémoire de tous ».*

1924 Anne-Marie LE POURHIET, compte rendu de la table ronde du 14 octobre 2008 sur le thème « Le rôle du Parlement dans les questions mémorielles », annexé au rapport d'information n° 1262 précité, p. 396.

1925 Johann MICHEL, « Regards croisés sur les rapports Kaspi et Accoyer », in *La mémoire et le crime*, op. cit., p. 205.

1926 A ce sujet, Jean-Michel CHAUMONT estime que *« ce n'est pas tant le titre de génocide qui est convoité que le statut d'exception qui est associé au judéocide ».* Cf. *La concurrence des victimes : Génocide, identité, reconnaissance*, op. cit., p. 166.

1927 Philippe MURAY, *Essais*, Les Belles Lettres, 2010, p. 741. Selon l'écrivain français, l'exigence de nouvelles lois et la criminalisation de toute action jugée indésirable sont l'horizon de notre temps.

1928 Expression empruntée à Sébastien LEDOUX, *Le « devoir de mémoire » à l'école – Essai d'écriture d'un nouveau roman national*, Sarrebrück, Editions universitaires européennes, 2011, p. 61.

1929 Voir notamment René REMOND, « L'histoire et la loi », *Etudes* 2006/6, tome 404, pp. 772-773. Pour un avis similaire, Marc FRANGI, « Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », op. cit., p. 249.

et l'impact social sont forts. Néanmoins, par l'adoption de ce type de normes mises au service d'intérêts particuliers, ils rompent avec le premier rôle attaché au droit pénal, la protection de l'intérêt général. La critique est alors inévitable et au demeurant fort légitime[1930].

486. En définitive, recourir à la législation répressive pour protéger la mémoire n'est pas la solution la plus opportune. Le vocabulaire contemporain ne convient pas face aux exigences de la discipline historiographique. Certains principes fondamentaux du droit criminel – non rétroactivité, sauvegarde de l'intérêt général – sont en pratique mis à mal. La montée en puissance des « doléances mémorielles », exacerbée par l'élaboration de lois, conduit à l'effritement du sentiment d'appartenance nationale et à la montée d'une forme de communautarisme. De ces constatations, il appert que les moyens dont dispose le législateur pénal ne sont pas adaptés à une telle entreprise, aussi honorable soit-elle aux yeux de certains.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

487. L'analyse combinée des contours du concept de bien juridique protégé et des fonctions, limites et outils du droit criminel met en lumière toutes les difficultés de l'admission d'une répression des atteintes à la mémoire des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

1930 C'est notamment l'une des critiques de Cédric MILHAT vis-à-vis du législateur français : *« Issue du suffrage universel direct (Assemblée nationale) ou indirect (Sénat), sa représentativité, déjà contestée par ailleurs dans l'opinion publique, ne peut qu'être affaiblie par le clientélisme communautaire, avatar du mandat impératif fermement prohibé par l'article 27 de la Constitution ».* Cf. « La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français », op. cit., p. 67.

Indubitablement, *« sur le plan politique, le devoir de mémoire constitue un acte de courage puisqu'il suppose qu'une nation regarde avec lucidité son passé »*[1931]. Mais d'un point de vue juridique, les ambigüités induites par le devoir de mémoire sont flagrantes. Contrairement à la protection pénale de valeurs communément admises comme la vie, la dignité humaine, la propriété ou encore le respect dû aux défunts, celle de l'objet « mémoire » porte à questionnements, eu égard notamment aux graves implications du droit pénal pour les libertés individuelles. En outre, les débats scientifiques et politiques, toujours plus âpres dans les médias comme dans les hémicycles, montrent que la problématique n'est pas négligeable. Ce sont les principes fondamentaux de l'Etat de droit qui risquent d'être atteints au nom de la protection d'un intérêt pour le moins diffus, le maintien d'une certaine paix des esprits chez les victimes. Au demeurant, nul doute que ce but ne sera pas atteint, puisque l'octroi d'un « avantage » à un groupe est l'élément déclencheur d'une escalade dangereuse dans les revendications communautaires.

En conséquence, l'appréciation portée à cette répression des atteintes à la mémoire ne peut être que négative. Il n'est pas adapté ni, à notre sens, justifié de recourir à l'instrument législatif, de surcroît criminel, pour satisfaire les besoins de reconnaissance de populations qui s'estiment blessées, par ricochet, par des propos réfutant les douleurs de leurs parents. La matière pénale et plus largement la norme étatique méritent très certainement d'être utilisées avec une plus grande circonspection.

1931 Rapport n° 1262 « Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée », présenté par Bernard Accoyer au nom de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les questions mémorielles, le 18 novembre 2008, p. 66.

CONCLUSION DU TITRE II

> « La deuxième forme de réparation [des crimes du passé] est politique ; elle cherche des moyens concrets et positifs pour éliminer définitivement les traces d'injustices historiques toujours présentes dans la population. Les plus célèbres sont les discriminations positives, objet de tant de débats aujourd'hui. »[1932]

488. Quelle est la place de la mémoire dans les politiques criminelles ? C'est à cette question que nous avons tenté de répondre par une étude du droit mémoriel en vigueur et à venir, au regard de la théorie juridique. On ne peut nier que la mémoire – particulièrement celle des victimes de la Seconde Guerre mondiale, *« indépassable référentiel »*[1933], subsidiairement celle des Arméniens – a aujourd'hui une grande importance, qui tend encore à augmenter sous l'impulsion des instances supranationales.

Reste que le socle de la répression ne peut vraisemblablement pas être l'objet mémoriel lui-même mais plutôt la lutte contre le racisme et la haine des minorités. Et sur ce point, les discours politique et juridique ne sont pas cohérents et donnent des systèmes mis en place une image plutôt sombre. Il semble que la pénalisation des atteintes à la mémoire doive être comprise non pas comme une fin mais comme un moyen parmi d'autres, au service d'une politique plus large. A retenir cette conception, elle se rapproche d'instruments existants et constitue le pendant répressif des mesures dites de « promotion de la diversité » ou « de discrimination positive »[1934], qui visent à rééquilibrer les forces entre les différentes communautés.

1932 Antoine GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, 2008, p. 12.

1933 Didier FASSIN et Richard RECHTMAN, *L'empire du traumatisme : Enquête sur la condition de victime*, Flammarion, 2007, p. 34.

1934 Il existe deux types de discrimination positive, l'une qui tend à résorber les pratiques sexistes ou racistes, l'autre qui vise à réduire les inégalités socio-économiques (voir Gwénaële CALVES (sous la dir.), *Les politiques de discrimination positive*, La Documentation française, Coll. Problèmes politiques et sociaux n° 822, 1999, 74p. ; Eric KESLASSY, *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, 95p.). Pour

489. Les faiblesses constatées traduisent visiblement un manque de vision ou de réflexion en amont de la part des législateurs. Côté français, le Parlement paraît tout simplement dépassé par les événements. Il intervient par réaction, au risque de *« diviser la conscience nationale »*[1935]. Côté allemand, le *Bundestag* était jusqu'ici moins influencé par l'émotion ambiante, conscient de l'enjeu que constitue la protection de la mémoire au regard de sa propre histoire. Mais le projet soumis à la consultation populaire manifeste un potentiel changement d'optique. Partant, une seule certitude : le décalage existant entre la France et l'Allemagne au regard du droit des crimes internationaux par nature est beaucoup moins flagrant concernant la protection de la mémoire des victimes. Espérons que les deux Etats prennent rapidement conscience de la nécessité impérieuse « d'aplanir la situation » et de réorienter leur démarche, par concertation de toutes les sphères concernées : histoire, droit et politique.

---

notre comparaison, nous pensons surtout à la première de ces deux catégories, illustrée par exemple par les programmes à destination des jeunes issus des banlieues défavorisées et de l'immigration créés en France (zones d'éducation prioritaire, classes préparatoires spécifiques, etc.). En Allemagne, la réforme de la loi sur la nationalité entrée en vigueur en 2000 a accompagné la mise en place de dispositifs visant explicitement à augmenter le nombre de personnes issues de l'immigration dans les administrations publiques.

Notons que ce concept de discrimination positive fait grand bruit. Lotfi BEL HADJ, président de l'Observatoire Économique des Banlieues, affirme dans son livre *Trop Français ou Français de trop* (Pharos/Jean-Marie Laffont, 2007, 303p.) que la discrimination positive est un concept d'inspiration raciste, qu'un tel système attise les tensions raciales et constituerait un point de rupture avec notre histoire. On ne peut que remarquer la proximité de cette critique avec celle formulée à l'égard des lois dites « mémorielles », potentiel « incubateur » de communautarisme.

1935 René REMOND, *Quant l'Etat se mêle de l'Histoire – Entretiens avec François Azouvi*, Stock, Coll. Les essais, 2006, p. 104.

CONCLUSION DE LA PARTIE II.

> « C'est le devoir de mémoire lui-même qui, en mettant le projecteur sur le passé, dispense de la lucidité vis-à-vis du présent. On se défausse, par le devoir de mémoire, de sa propre responsabilité sur le présent et sur l'avenir. »[1936]

490. Lorsqu'on étudie les textes relatifs au droit des crimes ou ceux qui concernent la protection de la mémoire des victimes, on remarque que les travaux parlementaires et discours politiques prennent régulièrement appui sur les faits de la Seconde Guerre mondiale pour justifier leur adoption ou leur amendement. Cela fait la preuve d'un véritable prolongement des enseignements tirés de ce conflit dans les ordonnancements juridiques contemporains. Quelle que soit la norme visée – définition des crimes, clarification des procédures, incrimination des propos négationnistes et/ou racistes –, le but poursuivi est de créer un système qui permette d'empêcher que les exactions commises ne soient réitérées à l'avenir. Ce mouvement accompagne autant qu'il favorise la création et le perfectionnement du droit pénal international, du droit pénal européen et du droit humanitaire, disciplines dont les implications en droit interne ne font que s'accroître sous l'influence des juridictions en fonctionnement.

Néanmoins, la démarche entreprise par les législateurs nationaux est parfois divergente, parce que directement influencée par une vision propre d'un passé pourtant commun mais dans lequel chacun a eu un rôle particulier.

491. Plus les faits de la Seconde Guerre mondiale s'éloignent dans le temps, plus les critiques se font nombreuses à l'égard du législateur français tant il paraît se laisser submerger par des considérations qui ne sont pas de son ressort. S'il essaie d'améliorer des normes qu'il a adoptées peut-être dans la précipitation et certainement sans le recul nécessaire, le corpus pénal présente toujours des failles tangibles dans toutes les composantes applicables aux crimes de masse et à leurs suites.

Cela ne signifie pas que le législateur allemand, de son côté, intervienne d'une manière irréprochable. Les difficultés palpables de la répression du révisionnisme sont une

---

1936 Alain HOUZIAUX, « Le péché originel, Freud et le devoir de mémoire », in Alain HOUZIAUX (sous la dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Ed. de l'Atelier, Coll. Questions de vie, 2006, p. 43.

illustration des imperfections du système germanique. Cependant, il appert une plus grande précaution dans l'utilisation de la « violence légitime », s'expliquant par l'histoire singulière de la République fédérale unifiée qui doit tenir compte d'une double hérédité lourde de conséquences, celle du III^{ème} *Reich* et celle des politiques communistes.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« L'histoire universelle ne se console pas, mais pousse à l'action. »[1937]

492. Des trois générations qui se sont succédé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la première a été marquée par l'occultation, la deuxième, par le retour du refoulé, la troisième, par le sacro-saint devoir de mémoire.

Le traitement des crimes de guerre et contre l'humanité opéré au cours des deux premières périodes n'a contenté personne. La France a échoué à trouver le bon équilibre entre refoulement et souvenir. Du silence à la surexposition, les attitudes adoptées en réponse aux pressions nationales ont manqué de cohérence, donnant de la justice une image bien négative. Les statistiques relatives aux condamnations et à l'exécution des sanctions indiquent que l'Allemagne n'a guère fait mieux. Divisée à l'intérieur, observée par l'extérieur, débitrice d'une dette tant financière que morale, elle a tenté de conjuguer relance de son économie, maintien des institutions, reconquête d'une place sur la scène mondiale et répression pénale, sans parvenir à dissiper les soupçons d'indulgence à l'égard de ses ressortissants.

A l'aube du XXI^{ème} siècle, les Etats partageaient un objectif commun, faire en sorte que plus jamais un homme ne puisse priver d'autres hommes de leurs prérogatives les plus essentielles. Mais l'histoire de chaque pays a grandement influencé les stratégies mises en œuvre pour l'atteindre, en définitive fort disparates.

493. Alors que s'amorce une quatrième génération, les faiblesses mises en exergue dans les ordonnancements juridiques étudiés montrent toute l'étendue de la problématique, *« cœur du paradoxe pénal »*[1938] selon Denis Salas. Il demeure aujourd'hui complexe – sinon impossible – de concilier de façon acceptable droit et mémoire lorsque sont en cause des infractions d'une gravité telle qu'elles atteignent les valeurs cardinales de la communauté internationale.

1937 Denise MODIGLIANI, *Fragments pour une poétique du discours historique*, L'Harmattan, Coll. Ouverture philosophique, 2013, p. 101.

1938 Denis SALAS, Rapport conclusif, in *La mémoire et le crime*, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Cujas, 2011, p. 279.

494. La nécessité de sanctionner les auteurs de tels crimes n'est aucunement remise en question. L'importance du dispositif pénal en la matière n'est plus à prouver. *Primo*, il permet d'imputer à des individus déterminés des actes d'une cruauté incommensurable, caractéristiques d'une politique dangereusement diffuse car appliquée à grande échelle par des groupes, des appareils hiérarchisés. *Secundo*, le procès déconstruit la logique qui veut que les rafles entrent dans le cadre d'un travail, que les pillages constituent une compensation économique et l'extermination, pratiquement une mesure de salubrité publique. En remettant « des mots sur les maux », il restitue les évènements que l'idéologie criminelle a tenté d'oblitérer. *Tertio*, en confrontant les auteurs à la réalité des faits, l'audience les confronte également aux victimes. Elle impose de réaffirmer les rôles d'oppresseurs et d'oppressés tout en neutralisant la position humiliante de ces derniers. Ceux qui passaient pour être intouchables dans leur rôle de bourreau au moment des faits – les *« seigneurs de la guerre »*, les *« divinités du mal »*[1939] – sont redéfinis dans leur condition d'hommes. En tant que criminels, ils doivent assumer leurs fautes à la barre des tribunaux, comme les autres.

495. Le problème vient de ce que d'autres fonctions, moins évidentes, sont assignées aux procédures judicaires intentées du chef de crimes de guerre ou contre l'humanité. En plus de punir un type d'infractions totalement singulier, il s'agit encore de répondre à des attentes vraisemblablement démesurées : honorer la mémoire de ceux qui n'ont pas survécu, transmettre le souvenir aux jeunes générations, relater l'histoire avec le plus de véracité possible, consolider les archives, contribuer à rétablir la paix et dissuader de la réitération de faits analogues. En bref, poser les bases d'une nouvelle communauté juridique plus stable. Dans un contexte d'essor de la justice internationale, le rôle du droit pénal en est considérablement élargi, pour ne pas dire gonflé, hypertrophié, bien loin de ses frontières traditionnelles et consensuelles.

A cette remarque, s'ajoute la défaillance manifeste des Etats dans la prise en charge impartiale du contentieux de masse et de la mémoire des victimes. Le phénomène peut être observé outre-Rhin mais il est particulièrement patent en France. Contrairement à l'idée

---

1939 Ibidem, p. 280.

reçue qui veut que l'Allemagne soit « engluée » dans l'héritage de son passé criminel, et sans verser dans l'apologie du système germanique, ce dernier apparaît *in globo* plus cohérent que celui de son voisin et partenaire européen. Cela s'explique à l'évidence par la surveillance scrupuleuse constante dont la R.F.A. a été l'objet, en tant qu'agresseur vaincu, dès 1945. Ainsi, malgré un bilan en demi-teinte dans les deux pays pour ce qui concerne la répression des crimes de la Seconde Guerre mondiale, c'est bien sur le territoire français que les séquelles traumatiques interfèrent le plus ostensiblement et, de notre opinion, le plus indûment avec le droit.

496. Sur le court terme, il est apparemment impossible d'échapper à une certaine *« amnésie judiciaire »*[1940] des crimes commis, comme en témoigne le mutisme autour de la politique antijuive de Vichy et, plus tard, des exactions de la décolonisation. Il ne semble pas davantage possible d'éluder le réveil brutal des mémoires offensées une fois que le plus aigu de la souffrance s'est cicatrisé, réveil encore décuplé par des médias omniprésents. En raison de cette demande sociale inédite et du décalage dans le temps, des adaptations juridiques sont nécessaires (imprescriptibilité de certains crimes, enregistrement audiovisuel des audiences), parfois peu convaincantes. Les critiques sont nombreuses à l'encontre de ces instances tardives à visée avant tout pédagogique. Un homme est mis au banc des accusés pour ce qu'il représente – une époque, une organisation criminelle, une série d'actes abominables commis par un régime ennemi – plus que pour ce qu'il a fait. Il est condamné « pour l'exemple » à l'issue d'un procès on ne peut plus « scénographié ». Imparfaite du point de vue du droit, cette judiciarisation du passé permet une mise en lumière attendue des victimes qui revendiquent la reconnaissance publique de leurs tourments. Elle leur offre d'accéder, sans grande difficulté, au seuil de la mémorialisation, processus d'orchestration et de fixation de la mémoire par le recours à la norme et *de facto* à la justice.

1940 Annie DEPERCHIN, « Rapport de synthèse » du colloque organisé par l'Ecole Nationale de la Magistrature le 2 mars 2001 sur le thème « Vérité historique, vérité judiciaire – A travers les grands procès issus de la Seconde Guerre mondiale », disponible **[en ligne]** sur http://www.afhj.fr/ressources/verite_hist_jud_deperchin.pdf (consulté le 11 août 2014), ici p. 15.

497. Ressassement ou vigilance citoyenne ? A nos yeux, cette prévalence mémorielle est surtout la marque d'amalgames malencontreux entre le juridique, l'historique et le politique, alors que sont en jeu des questions sensibles. A l'évidence, le recours, quasi-systématique depuis le début des années 1970, à la législation – de surcroît répressive – pour protéger la mémoire soulève de nombreuses ambigüités.

D'une part, les axiomes traditionnels – mesures d'oubli juridique, non-rétroactivité des dispositions nouvelles plus sévères, liberté d'expression et d'opinion, etc. – se heurtent de front au devoir de mémoire et à la politique pénale sollicitée. Si on ne peut nier l'utilité d'une telle politique pour les victimes et leurs proches, son dévoiement, sa « corruption » au détriment des principes pénaux fondamentaux est tout à fait reprochable. D'ailleurs, ne masque-t-elle pas un besoin plus grand, celui d'enrichir les corpus pour l'avenir plutôt que de légiférer sur le passé ? En tout état de cause, l'analyse menée atteste des limites de ce que Paul Ricoeur appelle l' *« équivalence pénale »*[1941] – à savoir : une sanction pour qui cause un préjudice, un mal pour un mal – lorsqu'il en va des crimes internationaux par nature. La mémoire, intégrée par le droit répressif, empêche de sortir d'un cycle perpétuel de violence pour cause de focalisation sur le *ius puniendi*.

D'autre part, plus que d'ouvrir la voie à une meilleure connaissance et à une compréhension facilitée des évènements, les interactions de la mémoire et du droit diluent la recherche de vérité dans l'affect, *« au risque de donner prise aux instrumentalisations de toutes sortes »*[1942]. Il faut bien admettre les dangers qu'engendre le développement des doléances mémorielles sans cesse plus nombreuses et pressantes. Tout groupe vecteur d'une mémoire victimaire, même étrangère à l'histoire du pays, est susceptible à l'heure actuelle de prétendre à une reconnaissance de la part de l'Etat. Sous prétexte d'une douleur – aussi digne de respect soit-elle ! – et au nom de l'égalité devant la loi, il peut requérir des autorités l'élaboration de textes et la condamnation de ceux qui osent « dévier » du discours à officialiser. On comprend mieux la signification de l'affirmation péremptoire et

---

1941 Interview Paul RICŒUR réalisée par Olivier ABEL, in *Paul Ricœur, Jacques Ellul, Jean Carbonnier, Pierre Chaunu – Dialogues*, Genève, Ed. Labor et Fides, 2012, disponible **[en ligne]**, sur http://olivierabel.fr/ricoeur/dialogues-avec-paul-ricoeur-jacques-ellul-jean-carbonnier-pierre-chaunu.php (consulté le 30 juillet 2014).

1942 Anne GRYNBERG, « Une mémoire saturée », *Les Cahiers de la Shoah* n° 6, 2002/1, p. 124.

volontairement provocatrice d'Alain Finkielkraut : *« chacun veut sa Shoah »*[1943]. Et finalement, outre les effets néfastes sur les relations diplomatiques et la *« cohésion symbolique du vivre-ensemble »*[1944], pointe la tentation de considérer qu'en ce domaine, ce sont les victimes qui font la loi…

498. C'est pourquoi, à l'issue de la comparaison des politiques instaurées depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale en Allemagne fédérale et en France, nous estimons que l'instance législative et ses suites juridictionnelles n'ont pas à être l'étape ultime de la quête de sérénité mémorielle qui anime associations de victimes et gouvernants. Gardons-nous de verser dans le *« criminocentrisme »*[1945] déplacé. Les dérives induites par les abus de mémoire traduisent une angoisse du passé que le droit répressif n'est pas apte à combattre. Croire qu'il est un instrument d'apaisement des victimes et de leurs descendants est un sophisme et même un contresens. Il ne peut répondre efficacement à toutes les afflictions ni constituer un refuge pour les mémoires blessées et les oubliés de l'histoire.

Face à l'ampleur du traumatisme, il conviendrait plutôt d'agir sur d'autres plans. On pourrait envisager, comme l'encourage la résolution allemande de 2005, d'intervenir sur le terrain diplomatique pour inciter – et pourquoi pas contraindre, par des leviers économiques par exemple – les Etats auteurs de crimes graves à reconnaître et réparer leurs fautes. De même, il serait opportun de mettre en place et/ou développer des mesures alternatives permettant la libre parole et la transmission de valeurs humanistes, en dehors de toute acception répressive à connotation quelque peu vengeresse. Dans cette démarche, les documents d'archives, les conférences, les programmes et les échanges scolaires, la culture dans tous ses aspects et sous toutes ses formes, la muséographie, etc. sont autant de lieux de mémoire probablement plus utiles et profitables à tous, car c'est de l'ignorance que naît le racisme et la peur de l'autre.

1943 Propos reproduits par Michel ZAOUI, « Droit et mémoire », *Controverses* n° 2, juin 2006, p. 53.

1944 Johann MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, P.U.F., 2010, p. 195.

1945 Alain FINKIELKRAUT, « La nouvelle immortalité », in Alain HOUZIAUX (sous la dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Ed. de l'Atelier, Coll. Questions de vie, 2006, p. 108.

499. Au moment de conclure cette recherche, revenons à Hegel. Interprétant la maxime de Friedrich Schiller *« l'histoire du monde est un tribunal du monde »*[1946], l'auteur avait la conviction que la destinée des peuples s'accomplit au travers des évènements douloureux, avec comme points de mire la liberté de l'esprit et le règne de la raison. Il soutenait que de la violence naît le progrès du fait du jugement de valeur moral et juridique porté, *a posteriori* et à tous les niveaux – individuel, national et international –, sur ces évènements. Sa pensée n'a jamais été plus vraie que depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les efforts déployés dans le cadre de la justice pénale internationale notamment vont dans le sens d'une plus grande rationalité du droit pour que la liberté de tous devienne réelle. Néanmoins, cette étape dans la construction de l'histoire universelle n'est certainement pas terminée. Gageons que la quatrième génération post-conflit fera preuve de la clairvoyance et de la pondération nécessaires afin d'affiner la réflexion et d'affermir le processus désormais engagé.

1946 Friedrich SCHILLER, « Résignation », in *Poésies de Schiller*, traduit de l'allemand par Xavier MARMIER, Ed. Charpentier, 1854, p. 98.

BIBLIOGRAPHIE

MANUELS ET TRAITES

En langue française

- *Manuel de droit des conflits armés*, Direction des affaires juridiques du Ministère de la Défense, Sous-direction du droit international et du droit européen, Bureau du droit des conflits armés, disponible **[en ligne]** sur http://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/droit-et-defense/droit-des-conflits-armes/droit-des-conflits-armes
- ANCEL Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, Collection Universitas neocomensis helvetiorum, 1971, 139p.
- ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain, *Droit international pénal*, Éditions Pédone, 2012, 1279p. ISBN 9782233006585
- BASSIOUNI Cherif, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2002, 343p. ISBN 9782802716167
- BELANGER Michel, *Droit international humanitaire général*, 2ème édition, Éditions Gualino, Collection Mémentos, 2007, 156p. ISBN 9782297003063
- BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 23ème édition, Éditions Dalloz, Collection Précis, 2013, 742p. ISBN 9782247125845
- BOUZAT Pierre et PINATEL Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome II – Procédure pénale, régime des mineurs, domaine des lois pénales dans le temps et dans l'espace, Éditions Dalloz, 1963, 880p.
- CASSESE Antonio, SCALIA Damien et THALMANN Vanessa, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Éditions Dalloz, Collection Grands arrêts, 2010, 475p. ISBN 9782247084913
- CONTE Philippe, *Droit pénal spécial*, 15ème édition, Éditions Lexisnexis Litec, Collection Manuel, 2013, 405p. ISBN 9782247105885
- DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 2ème édition, Bruxelles, Éditions Bruylant, Collection Précis de la faculté de droit de Bruxelles, 1999, 860p. ISBN 9782802712367
- DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, 15ème édition, Éditions Economica, 2008, 1228p. ISBN 9782717855982
- DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, 2ème édition, Éditions Lexisnexis Litec, Collection Manuel, 2012, 1228p. ISBN 9782711017171

▪ FAVOREU Louis (sous la dir.), *Droits et libertés fondamentales*, 5ème édition, Éditions Dalloz, Collection Précis, 2009, 685p. ISBN 9782247084050

▪ FROMONT Michel et RIEG Alfred, *Introduction au droit allemand (République fédérale),* Tome II – Droit public, Droit pénal, 1ère édition, Éditions Cujas, 1984, 428p. ISBN 9782254840304

▪ GARÇON Emile, *Code pénal annoté*, Tome I – Art. 1 à 294, nouvelle édition refondue et mise à jour par ROUSSELET Marcel, PATIN Maurice et ANCEL Marc, Éditions Sirey, 1952, 964p.

▪ GARRAUD René, *Traité théorique et pratique de droit penal français*, Tome I, 3ème édition, Éditions Sirey, 1913, 813p.

▪ GRECIANO Philippe et JACOWCZYK Michal, *Introduction au droit pénal et à la procédure pénale allemands*, Nanterre, Éditions Publidix, Collection Allemand juridique, 2005, 203p.

▪ GUINCHARD Serge et BUISSON Jacques, *Procédure pénale*, 9ème édition, Éditions Lexisnexis Litec, Collection Manuel, 2013, 1633p. ISBN 9782711017683

▪ HUET André et KOERING-JOULIN Renée, *Droit pénal international*, Éditions P.U.F., Collection Thémis, 2005, 507p. ISBN 9782130553311

▪ KOLB Robert, *Ius in bello : le droit international des conflits armés*, 2ème édition, Bruxelles, Éditions Bruylant, Collection Précis, 2009, 551p. ISBN 9783719027292

- *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, 2ème édition, Bruxelles, Éditions Bruylant, Collection Précis, 2009, 435p. ISBN 9783719027308

▪ LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8ème édition, Éditions Sirey, Collection Sirey Université – Droit public, 2009, 569p. ISBN 9782247081202

▪ LOMBOIS Claude, *Droit pénal international*, 2ème édition, Éditions Dalloz, Collection Précis, 1979, 688p. ISBN 9782247000562

- *Droit pénal général*, Éditions Hachette Supérieur, Collection Les fondamentaux, 1994, 160p. ISBN 9782010206924

▪ MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, Tome I – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7ème édition, Éditions Cujas, 1997, 1072p. ISBN 9782254984060

- *Traité de droit criminel,* Tome II – Procédure pénale, 5ème édition, Éditions Cujas, 2001, 1184p. ISBN 9782254014040

▪ PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 2ème édition, Éditions Dalloz, Collection Précis, 2002, 803p. ISBN 9782247041107

- *Droit pénal général*, 19ème édition, Éditions Cujas, 2012, 749p. ISBN 9782254024148

▪ PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, 5ème édition, Éditions Cujas, 2010, 730p. ISBN 9782254104116

▪ RASSAT Marie-Laure, *Droit pénal général*, Éditions Ellipses, 2004, 623p. ISBN 9782729818371

▪ REBUT Didier, *Droit pénal international*, 1ère édition, Éditions Dalloz, Collection Précis, 2012, 659p. ISBN 9782247090518

▪ RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Éditions L.G.D.J., Collection Manuel, 1994, 893p. ISBN 9782275006024

▪ SCHLÜCHTER Ellen, *Procédure pénale allemande*, traduit de l'allemand par MATHIAS Eric, Franckfurt-am-Main, EuWi Verlag, 2002, 240p. ISBN 9783896330277

En langue étrangère

▪ AMBOS Kai, *Internationales Strafrecht*, Munich, C.H. Beck Verlag, 2006, 491p. ISBN 9783406577871

▪ BOLANDER Michael, *Principles of German criminal procedure*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 306p. ISBN 9781849462167

▪ HEMMER Karl Edmund, WÜST Achim, BERBERICH Bernd, *Strafprozessrecht*, 9ème édition, Wurzbourg, Hemmer/Wüst Verlag, 2010, 192p. ISBN 9783896349675

▪ HERDEGEN Matthias, *Völkerrecht*, 11ème edition, Munich, C.H. Beck Verlag, 2012, 463p. ISBN 9783406631597

▪ JÄHNKE Burkhard, *Strafrechtgesetzbuch – Leipziger Kommentar*, 11ème édition, Berlin, De Gruyter Verlag, 2000, 1962p. ISBN 9783899492897

▪ JESCHECK Hans H. et WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ème édition, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 1996, 1029p. ISBN 9783428083480

▪ JESCHECK Hans H., *Lehrbuch des Strafrechts : allgemeiner Teil*, 5ème édition, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 1996, 1029p. ISBN 9783428083480

- *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, traduit de l'allemand par MANZANARES SAMANIEGO José Luis, Grenade, Editorial Comares, 2002, 1066p. ISBN 9788484446415

▪ LISZT (VON) Franz, *Tratado de derecho penal*, traduit l'allemand par JIMENEZ DE ASUA Luis, 4ème édition, Madrid, Editorial Reus, Collection Biblioteco juridica de autores espanoles y extranjeros, 1999, 3 volumes. ISBN 9788429013450

▪ REIMANN Mathias et ZEKOLL Joachim, *Introduction to German Law*, 2ème édition, La Haye, Kluwer Law International Publishing, 2005, 480p. ISBN 9789041122612

▪ RENGIER Rudolf, *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, 5ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 2013, 587p. ISBN 9783406652585

- *Strafrecht Besonderer – Teil I : Vermögensdelikte*, 16ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 2014, 472p. ISBN 9783406660641

- *Strafrecht Besonderer – Teil II : Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 15ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 2014, 570p. ISBN 9783406660634

▪ ROXIN Claus, *Strafrecht : Allgemeiner Teil – Band I : Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 1997, 1136p. ISBN 9783406530715

- *Strafrecht : Allgemeiner Teil – Band II : Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 3ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 2003, 899p. ISBN 9783406438684

▪ SCHMIDT-BLEIBTREU Bruno et KLEIN Franz, *Kommentar zum Grundgesetz*, 9ème édition, Neuwied, Luchterhand Verlag, 1999, 1958p. ISBN 9783472032830

▪ SCHÖNKE Adolf et SCHRÖDER Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 2006, 2881p. ISBN 9783406517297

▪ TRÖNDLE Herbert, FISCHER Thomas, SCHWARZ Otto Georg et DREHER Eduard, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 1999, 2052p. ISBN 9783406444951

MELANGES

▪ *La Chambre Criminelle et sa jurisprudence – Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Éditions Cujas, 1965, 772p. ; notamment TOUFFAIT Adolphe et HERZOG Jacques-Bernard, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », pp. 695-704

▪ *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Éditions Cujas, 1989, 468p. ISBN 9782254890417 ; notamment LOMBOIS Claude, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », pp. 367-388

▪ *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1998, 703p. ISBN 978280271193 ; notamment BEIGNIER Bernard, « « De la langue perfide, délivre-moi… » : réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite « loi Gayssot » », pp. 497-533 ; et Patrice ROLLAND, « Du délit d'opinion dans la démocratie française », pp. 645-670

▪ *Au carrefour des droits : mélanges en l'hommage de Louis Dubouis*, Éditions Dalloz, 2002, 901p. ISBN 9782247047178 ; notamment COHEN-JONATHAN Gérard, « Abus de droit et libertés fondamentales », pp. 517-543

- *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit – Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, 919p. ISBN 9782842872984 ; notamment ASCENSIO Hervé, « Souveraineté et responsabilité pénale internationale », pp. 603-619 ; et MASSE Michel, « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », pp. 719-733
- *François Luchaire, un républicain au service de la République – Liber Amicorum*, Publications de la Sorbonne, 2005, 383p. ISBN 9782859445157 ; notamment VEDEL Georges, « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », pp. 37-61
- *Liber Amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, Éditions La Charte, 2009, 448p. ISBN 9782874032080 ; notamment DANTI-JUAN Michel et MASSE Michel, « L'évolution du droit français des crimes de guerre », pp. 109-121
- *Droit répressif au pluriel : interne, international, européen, des droits de l'homme. Liber Amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Éditions Nemesis/Anthemis, Collection Droit et Justice n° 110, 2014, 834p. ISBN 9782874557699 ; notamment AUBERT Bernadette, « Les infractions portant atteinte aux valeurs essentielles pour l'Humanité : une construction législative non aboutie », pp. 23-44

OUVRAGES SPECIALISES

En langue française

- ABEL Olivier, *Paul Ricœur, Jacques Ellul, Jean Carbonnier, Pierre Chaunu – Dialogues*, Genève, Éditions Labor et Fides, 2012, 135p. ISBN 9782830914467
- ANDRIEU Claire, LAVABRE Marie-Claire, TARTAKOWSKY Danielle (sous la dir.), *Politiques du passé. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Actes du colloque organisé par le Centre d'histoire sociale du XX^{ème} siècle de l'Université Paris I et en partenariat avec le C.N.R.S. et l'Université de Provence, 25-26 septembre 2003, vol. 1, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2006, 264p. ISBN 9782853996303
- ANTELME Robert, *L'espèce humaine*, Éditions Gallimard, 1957, 308p.
- ANTIER Chantal, BALMANT Pascal, BENECHI Régis et al. (sous la dir.), *Une histoire du monde contemporain*, Éditions Larousse, 2005, 479p. ISBN 9782035055378
- ARENDT Hannah, *La condition de l'homme moderne*, traduit de l'anglais par FRADIER Georges, Éditions Pocket, Collection Agora, 1994, 406p. ISBN 9782266126496

- *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, traduit de l'anglais par GUERIN Anne, Éditions Gallimard, Collection Folio – Histoire, 1997, 484p. ISBN 9782070326211

- *Le système totalitaire,* Tome III – Les origines du totalitarisme, traduit de l'américain par BOURGET Jean-Loup, DAVREU Robert et LEVY Patrick, Éditions Seuil, Collection Points – Essais, 2005, 380p. ISBN 9782020798907

- *Responsabilité et jugement*, traduit de l'anglais par FIDEL Jean-Luc, Éditions Payot et Rivages, 2009, 362p. ISBN 9782228904063

- ARON Robert, *Histoire de l'épuration*, Éditions Fayard, 1967-1975, 3 tomes. ISBN 9782213001937
- ARON Raymond, *De Gaulle, Israël et les Juifs*, Éditions Plon, 1968, 186p.
- ARONEANU Eugène, *Le crime contre l'humanité*, Éditions Dalloz, 1961, 322p.
- ATTIAS-DONFUT Claudine, *Sociologie des générations. L'empreinte du temps*, Éditions P.U.F., Collection Le Sociologue, 1988, 249p. ISBN 9782130414858
- BARDECHE Maurice, *Nuremberg ou la terre promise*, Éditions Les sept couleurs, 1948, 272p.

  - *Nuremberg II ou les faux monnayeurs*, Éditions Les Sept Couleurs, 1950, 280p.

  - *Qu'est-ce que le fascisme ?*, Éditions Les Sept Couleurs, 1961, 195p.
- BARNAVI Elie et FRIEDLÄNDER Saul, *La politique étrangère du Général de Gaulle – Textes réunis*, Éditions P.U.F., 1985, 207p. ISBN 9782130389200
- BATTEGAY Alain, ERRAMUZPE Geneviève, TETU-DELAGE Marie-Thérèse (sous la dir.), *Exposer les mémoires et l'histoire Berlin-Ravensbrück : carnet de visites et de rencontres décembre 2007*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Collection Matières à penser, 284p. ISBN 9782862725352
- BEAUVALLET Olivier, *Lemkin – Face au génocide*, Éditions Michalon, 2011, 123p. ISBN 9782841865604
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Préface de CASAMAYOR, Éditions Flammarion, 1979, 202p.
- BEDARIDA François, *Histoire, critique et responsabilité*, Bruxelles, Éditions Complexe, Collection Histoire du temps présent, 2003, 357p. ISBN 9782870279823
- BEL HADJ Lotfi, *Trop Français ou Français de trop*, Éditions Pharos/Jean-Marie Laffont, 2007, 303p. ISBN 9782756900869
- BERLIERE Jean-Marc et al., *Justice militaire et guerres mondiales : Europe 1914-1950 – Military justices and world wars : Europe 1914-1950*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2013, 423p. ISBN 9782875582355
- BERSTEIN Serge et MILZA Pierre (sous la dir.), *Histoire du XX^{ème} siècle*, Tome I – 1900-1945, La fin du monde européen, Éditions Hatier, Collection Initial, 1996, 508p. ISBN 9782218715648
- BILLIG Joseph, *Le Commissariat général aux questions juives*, Éditions du Centre de documentation juive contemporaine, 1955-1960, 3 volumes

- BIRH Alain, CALDIRON Guido, CHAVANEAU Emmanuel et al., *Négationnistes : les chiffonniers de l'histoire*, Éditions Golias et Syllepse, 1997, 234p. ISBN 9782907993463
- BITSCH Marie-Thérèse, *Histoire de la construction européenne – De 1945 à nos jours*, Bruxelles, Éditions Complexe, Collection Questions à l'Histoire, 2004, 401p. ISBN 9782804800215
- BLANCHARD Pascal et VEYRAT-MASSON Isabelle (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, Éditions La Découverte, 2008, 334p. ISBN 9782707154637
- BLAUSTEIN Henri*, Notes prises sur le « procès de Drancy » à la cour de justice de la Seine*, manuscrit disponible aux archives de l'I.H.T.P., 1947, 121p.
- BLED Jean-Paul, *Le Général de Gaulle et le monde arabe*, Beyrouth, Editions Dar An-Nahar, 2009, 440p. ISBN 9789953742540
- BLIN Henri et al., *Droit de la presse*, Éditions Litec, 2001, 2 volumes. ISBN 9782711110699
- BOGDAN Henry, *Histoire de l'Allemagne, de la Germanie à nos jours,* Éditions Perrin, Collection Tempus, 1999, 472p. ISBN 9782262012601
- BOIS DE GAUDUSSON (DU) Jean (sous la dir.), *Le devenir du droit comparé en France*, Actes de la Journée d'études organisée par le Groupement de droit comparé, Université Lyon III, 23 juin 2004, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 225p. ISBN 9782731404760
- BOSLY Henri et VANDERMEERSCH Damien, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice. Les juridictions internationales et les tribunaux nationau*x, 1ère édition, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2010, 250p. ISBN 9782802729181
- BOUTON Christophe, *Le procès de l'histoire : Fondements et postérité de l'idéalisme historique de Hegel*, Librairie philosophique J. Vrin, 2004, Collection Histoire de la philosophie, 319p. ISBN 9782711616558
- BRAYARD Florent (sous la dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire – 1943-2000*, Bruxelles, Éditions Complexe, Collection Histoire du Temps Présent, 2000, 308p. ISBN 9782870278574
- CALVES Gwénaële (sous la dir.), *Les politiques de discrimination positive*, Éditions La Documentation française, Collection Problèmes politiques et sociaux n° 822, 1999, 74p.
- CAMUS Albert, *Actuelles – Ecrits politiques (Chroniques 1944-1948)*, Éditions Gallimard, 1997, 216p. ISBN 9782070329731
- CAHN Jean-Paul et PFEIL Ulrich, *Allemagne 1945-1961. De la « catastrophe » à la construction du Mur*, Villeneuve d'Ascq, Éditions Presses universitaires du Septentrion, Collection Histoire et Civilisations, 2008, 250p. ISBN 9782757400562
- CAHN Olivier et PARROT Karine (sous la dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal,* Actes de la journée d'études radicales, Faculté de Droit de Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Éditions L.G.D.J., 2014, 147p. ISBN 9782275028835
- CASSOU Jean, *La Mémoire courte*, Éditions de Minuit, 1953, 130p.

- CAUTE David, *1968 dans le monde*, traduit de l'anglais par SARDA Yves, Éditions Robert Laffont, 1988, 445p. ISBN 9782221054871
- CHALANDON Sorj et NIVELLE Pascale, *Crimes contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, Éditions Plon, 1998, 517p. ISBN 9782259188692
- CHAR René, *Recherche de la base et du sommet*, Éditions Gallimard, Collection Poésie, 1971, 147p. ISBN 9782070319183
- CHAUMONT Jean-Michel, *La concurrence des victimes : Génocide, identité, reconnaissance*, Éditions La Découverte/Poche, Collection Sciences humaines et sociales, 2002, 381p. ISBN 9782707137319
- CHEVEREAU Sébastien, *25 août 1944, Maillé... Du crime à la mémoire*, Parçay-sur-Vienne, Éditions Anovi, 2012, 217p. ISBN 9791090447196
- CHIAVARIO Mario (sous la dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2003, 398p. ISBN 9788814100536
- COCHARD Jean (sous la dir.), *Armée, guerre et droit pénal,* Actes de la Journée d'études du 19 mai 1984, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 5, Éditions Cujas, 1986, 116p. ISBN 9782254874019
- COLIN Marcel (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, Éditions Erès, Collection Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1996, 303p. ISBN 9782865863761
- CONAN Eric et ROUSSO Henry, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Éditions Gallimard, Collection Folio – Histoire, 1996, 513p. ISBN 9782070329007
- CONAN Eric, *Le procès Papon : un journal d'audience*, Éditions Gallimard, 1998, 324p. ISBN 9782070752805
- CONQUEST Robert, *Le Féroce XX^ème Siècle – Réflexions sur les ravages des idéologies*, traduit de l'anglais par LORRAIN Pierre, Éditions Syrtes, 2001, 319p. ISBN 9782845450332
- COQUIO Catherine (sous la dir.), *L'histoire trouée – Négation et témoignage,* Nantes, Éditions L'Atalante, 2003, 860p. ISBN 9782841722481
- COQUIO Catherine et GUILLAUME Carol (sous la dir.), *Des crimes contre l'humanité en République française (1990-2002)*, Éditions L'Harmattan, 2006, 402p. ISBN 9782296000346
- CORNIL Léon (sous la dir.), *Actes de la VIII^ème Conférence internationale pour l'unification du droit pénal*, Éditions Pédone, 1949, 236p.
- CRIVELLO Maryline, GARCIA Patrick et OFFENSTADT Nicolas, *Concurrence des passés. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Actes du colloque organisé par le Centre d'histoire sociale du XX^ème siècle de l'Université Paris I et en partenariat avec le C.N.R.S. et l'Université de Provence, 25-26 septembre 2003, vol. 2, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2006, 298p. ISBN 9782853996310

- DANET Jean, GRÜNVALD Sylvie, HERZOG-EVANS Martine et LE GALL Yvon, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2008, 446p. ISBN 9782247076574
- DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Actes des journées d'études des 30-31 mai 2008, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 26, Éditions Cujas, 2008, 245p. ISBN 9782254094042

  - *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, 296p. ISBN 9782254114054

  - *L'ineffectivité des peines,* Actes des journées d'études des 13-14 juin 2014, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 29, Éditions Cujas, à paraître
- DEFRANCE Corine et PFEIL Ulrich, *La France, l'Allemagne et le traité de l'Élysée, 1963–2013*, Éditions du C.N.R.S., Collection Biblis, 2012, 503p. ISBN 9782271074881
- DELMAS-MARTY Mireille, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII – Les processus d'internationalisation, Éditions de la M.S.H., 2001, 337p. ISBN 9782735107537

  - *Vers une communauté de valeurs : Les Forces imaginantes du droit*, vol. 4, Éditions Seuil, Collection La Couleur des idées, 2011, 423p. ISBN 9782021039627

  - *Le crime contre l'humanité*, Éditions P.U.F., Collection Que sais-je ?, 2013, 128p. ISBN 9782130617464
- DELMAS-MARTY Mireille et CASSESE Antonio (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 1ère édition, Éditions P.U.F., 2002, 673p. ISBN 9782130526926
- DELPLA François, *Montoire, les premiers jours de la collaboration*, Éditions Albin Michel, 1996, 504p. ISBN 9782226084880
- DELPLA Isabelle, *Le mal en procès : Eichmann et les théodicées modernes*, Éditions Hermann, Collection L'avocat du diable, 2011, 227p. ISBN 9782705682026
- DESGRANGES Jean-Marie, *Les crimes masqués du Résistantialisme*, Éditions de l'Elan, 1948, 187p.
- DREYFUS-ARMAND Geneviève et GERVEREAU Laurent (sous la dir.), *Mai 1968 : les mouvements étudiants en France et dans le monde*, Nanterre, Éditions Bibliothèque de la documentation internationale contemporaine, 1988, 303p. ISBN 9782901658085
- DUMAY Jean-Michel, *Le Procès de Maurice Papon*, Éditions Fayard, 1998, 430p. ISBN 9782213601519
- DURKEIM Emile, *De la division du travail social*, Éditions P.U.F., Collection Quadrige, 2013, 416p. ISBN 9782130619574

  - *Les règles de la méthode sociologique*, Éditions P.U.F., Collection Quadrige, 2013, 149p. ISBN 9782130619000

  - *Les formes élémentaires de la vie religieuse,* Éditions P.U.F., Collection Quadrige, 2012, 647p. ISBN 9782130609322

- EPELBOIN Annie et KOVRIGUINA Assia, *La littérature des ravins. Ecrire sur la Shoah en U.R.S.S.*, Éditions Robert Laffont, 2013, 294p. ISBN 9782221127094
- ERLER Gernot et al., *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, Éditions La Découverte, Collection Cahiers libres, 1988, 175p. ISBN 9782707117984
- FALCO Robert, *Juge à Nuremberg. Souvenirs inédits du procès des criminels nazis*, Nancy, Éditions Arbre Bleu, 2012, 174p. ISBN 9791090129023
- FARMER Sarah, *10 juin 1944 – Oradour : Arrêt sur mémoire,* Éditions Calmann-Lévy, Collection Essai Histoire, 1994, 283p. ISBN 9782702123164
- FASSIN Didier et RECHTMAN Richard, *L'empire du traumatisme : Enquête sur la condition de victime*, Éditions Flammarion, 2007, 452p. ISBN 9782082104494
- FERNANDEZ Julian et PACREAU Xavier (sous la dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Éditions Pédone, 2012, 2 volumes. ISBN 9782233006530
- FERRO Marc, *Pétain*, Éditions Hachette, Collection Pluriel, 1993, 789p. ISBN 9782010212864
- FINKIELKRAUT Alain, *L'avenir d'une négation – Réflexion sur la question du génocide*, Éditions Seuil, Collection Fiction et Cie, 1982, 180p. ISBN 9782020060806

  - *La mémoire vaine – Du crime contre l'humanité,* Éditions Gallimard, Collection NRF Essais, 1989, 125p. ISBN 9782070715503
- FONTETTE (DE) François, *Le procès de Nuremberg*, Éditions P.U.F., Collection Que sais-je ?, 1996, 127p. ISBN 9782130480839
- FOUCAULT Michel, *Naissance de la biopolitique*, Éditions Gallimard, Collection Hautes études, 2004, 355p. ISBN 9782020324014
- FRANCK Robert et al. (sous la dir.), *Building a European Public Sphere – Un espace public européen en construction*, Bern, Peter Lang, 2011, 257p. ISBN 9789052016290
- FRITSCH-BOURNAZEL Renata, *L'Allemagne unie dans la nouvelle Europe*, Bruxelles, Éditions Complexe, Collection Questions au XX^{ème} siècle, 1991, 375p. ISBN 9782870273876

  - *L'Allemagne depuis 1945*, Éditions Hachette Supérieur, Collection Carré Histoire, 1997, 249p. ISBN 9782010168215
- FROMENT Pascale, *René Bousquet*, Éditions Fayard, Collection Pour une histoire du XX^{ème} siècle, 2001, 638p. ISBN 9782213610474
- FROMONT Michel et CHENUT Pierre, *Le droit allemand en langue française : répertoire bibliographique*, Travaux et documents du C.I.R.A.C. n° 14, 1990, 122p. ISBN 9782905518187
- FROSSARD André, *Le crime contre l'humanité,* Éditions Robert Laffont, 1987, 90p. ISBN 9782221056103
- FUSTER Serge dit CASAMAYOR, *Nuremberg – 1945 : la guerre en procès*, Éditions Stock, 1985, 201p. ISBN 9782234018624

- GARAUDY Roger, *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*, Éditions La Vieille Taupe, 1995, réédition à compte d'auteur sous la mention R. Garaudy-Samiszdat, 1996, 277p. ISBN 9782951000506
- GARAPON Antoine, GROS Frédéric et PECH Thierry, *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Éditions Odile Jacob, 2001, 330p. ISBN 9782738110220

  - *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner – Pour une justice internationale*, Éditions Odile Jacob, 2002, 348p. ISBN 9782738112057

  - *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Éditions Odile Jacob, 2008, 287p. ISBN 9782738120625
- GAULLE (DE) Charles, *Mémoires de guerre*, Tome I – L'appel, Éditions Plon, 1954, 680p.

  - *Mémoires de guerre*, Tome II – L'unité, Éditions Plon, 1956, 712p.

  - *Mémoires de guerre*, Tome III – Le salut, Éditions Plon, 1959, 653p.

  - *Discours et messages*, Tome I – Pendant la guerre : juin 1940-janvier 1946, Éditions Plon, 1970, 677p.

  - *Discours et messages,* Tome V – Vers le terme, 1966-1969, Éditions Plon, 1970, 418p.
- GAULLE-ANTHONIOZ (DE) Geneviève, *La traversée de la nuit*, Éditions Seuil, 2001, 81p. ISBN 9782020516549
- GAUTHIER André, *La construction européenne – Etapes et enjeux*, Éditions Bréal, 2005, 384p. ISBN 9782749505640
- GARÇON Emile, *Le droit pénal – Origines, évolution, état actuel*, Éditions Payot, 1922, 160p.
- GERBET Pierre, *La construction de l'Europe*, Éditions Armand Colin, Collection Histoire contemporaine, 2007, 579p. ISBN 9782200353056
- GEREMEK Bronislaw et PICHT Robert (sous la dir.), *Visions d'Europe*, Éditions Odile Jacob, 2007, 467p. ISBN 9782738120113
- GHILES-MEILHAC Samuel, *Le CRIF. De la Résistance juive à la tentation du lobby. De 1943 à nos jours*, Éditions Robert Laffont, Collection Le monde comme il va, 2011, 353p. ISBN 9782221123843
- GILBERT Gustave, *Le Journal de Nuremberg*, traduit de l'anglais par VINCENT Maurice, Éditions Flammarion, 1948, 443p.
- GIRARD Louis-Dominique, *La guerre franco-française*, Éditions André Bonne, 1950, 377p.
- GLASER Stefan, *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques – Exposé sur la base du droit pénal comparé*, Éditions L.G.D.J., 1957, 223p.
- GODIN Christian, *Négationnisme et totalitarisme*, Nantes, Éditions Pleins Feux, 2000, 59p. ISBN 9782912567406
- GRAY Martin, *Au nom de tous les miens*, Témoignage recueilli et rédigé par GALLO Max, Éditions Robert Laffont, Collection Vécu, 1971, 401p.

- GREILSAMER Laurent et SCHNEIDERMANN Daniel, *Un certain Monsieur Paul*, Éditions Fayard, 1994, 272p. ISBN 9782213592480
- GROSSER Alfred, *Le crime et la Mémoire,* Éditions Flammarion, 1989, 267p. ISBN 9782080660800
- GROTIUS Hugo, *Le Droit de la guerre et de la paix*, traduit par PRADIER-FODERE Paul, Éditions P.U.F., Collection Quadriges – Grands Textes, 2005, 868p. ISBN 9782130538363
- GRÜNDLER Gerhard E. et MANIKOWSKY (VON) Arnim, *Nuremberg, la justice des vainqueurs*, traduit de l'allemand par LUGERT Herbert, Éditions Robert Laffont, 1969, 275p.
- GUTMAN Roy et RIEFF David (sous la dir.), *Crimes de guerre – Ce que nous devons savoir*, Éditions Autrement, 2002, 445p. ISBN 9782746702707
- HAARSCHER Guy et FRYDMAN Benoît, *Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent*, Bruxelles, Éditions Bruylant, Collection Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles n° 35, 2008
- HAFFNER Sebastian, *Un certain Adolf Hitler*, traduit de l'allemand par HANSEN-LÖVE Ole, Éditions Grasset, 1979, 277p. ISBN 9782246008637
- HÄHNEL-MESNARD Carola, LIENARD-YETERIAN Marie et MARINAS Cristina (sous la dir.), *Culture et mémoire : représentations contemporaines de la mémoire dans les espaces mémoriels, les arts du visuel, la littérature et le théâtre*, Éditions de l'Ecole polytechnique, 2008, 534p. ISBN 9782730214926
- HALBWACHS Maurice, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Éditions Albin Michel, Collection Bibliothèque de l'évolution de l'humanité, 1994, 367p. ISBN 9782226074904

  - *La mémoire collective*, Éditions Albin Michel, Collection Bibliothèque de l'évolution de l'humanité, 1997, 295p. ISBN 9782226093202
- HALIOUA Bruno, *Le procès des médecins de Nuremberg : L'irruption de l'éthique médicale moderne*, Éditions Vuibert, 2007, 211p. ISBN 9782711772469
- HAMON Dominique et KELLER Ivan Serge, *Fondements et étapes de la construction européenne*, Éditions P.U.F., 1997, 481p. ISBN 9782130481782
- HARTOG François et REVEL Jacques, *Les usages politiques du passé*, Éditions de l'E.H.E.S.S., 2001, 206p. ISBN 9782713214059
- HAUSNER Gidéon, *Justice à Jérusalem*, traduit de l'anglais par JAVET Pierre, Éditions Flammarion, 1976, 667p. ISBN 9782080608451
- HEGEL Georg W. F. , *Leçons sur le droit naturel et la science de l'Etat, Heidelberg – semestre d'hiver 1817-1818*, traduit de l'allemand par DERANTY Jean-Philippe, Librairie philosophique J. Vrin, 2002, 316p. ISBN 9782711615834
- HOCHMANN Thomas, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Éditions Pédone, 2013, 754p. ISBN 9782233006707
- HOUTEER Christine, *La construction européenne : étapes, objectifs, réalisations*, Éditions Armand Colin, 2007, 125p. ISBN 9782200352950

- HOUZIAUX Alain (sous la dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Éditions de l'Atelier, Collection Questions de vie, 2006, 117p. ISBN 9782708238589
- IGOUNET Valérie, *Histoire du négationnisme en France*, Éditions Seuil, 2000, 691p. ISBN 9782020354929
  - *Robert Faurisson. Portrait d'un négationniste*, Éditions Dénoël, 2012, 455p. ISBN 9782207259986
- JACUBOWICZ Alain et RAFFIN René, *Touvier : histoire du procès*, Éditions Julliard, 1995, 226p. ISBN 9782260011989
- JANKELEVITCH Vladimir, *L'imprescriptible – Pardonner ? Dans l'honneur et la dignité*, Éditions Seuil, Collection Points – Essais, 1986, 103p. ISBN 9782020296953
- JASPERS Karl, *La culpabilité allemande*, traduit de l'allemand par HERSCH Jeanne, Éditions de Minuit, 1948, 228p.
- JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, 172p. ISBN 9782746702639
- JOUANNEAU Bernard, *La Justice et l'Histoire face au négationnisme. Au cœur d'un procès*, Éditions Fayard, 2008, 396p. ISBN 9782213635583
- JUGLART (DE) Michel, *Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire – Cour de cassation et tribunaux militaires de cassation*, Éditions Sirey, 1946, 305p.
- JUROVICS Yann, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Éditions L.G.D.J., Collection Bibliothèque de droit international et communautaire n° 116, 2002, 525p. ISBN 9782275021553
- KAMTO Maurice, *L'agression en droit international*, Éditions Pédone, 2010, 464p. ISBN 9782233005885
- KASPI André, *Les juifs sous l'Occupation*, Éditions Seuil, 1991, 420p. ISBN 9782020135092
- KATTAN Emmanuel, *Penser le devoir de mémoire*, Éditions P.U.F., Collection Questions d'éthique, 2002, 153p. ISBN 9782130524786
- KEEGAN John, *La Deuxième Guerre mondiale*, Éditions Perrin, Coll. Tempus, 2009, 801p. ISBN 9782262032104
- KESLASSY Éric, *De la discrimination positive*, Éditions Bréal, 2004, 95p. ISBN 9782749504193
- KLARSFELD Arno, *Papon, un verdict français*, Éditions Ramsay, 1998, 160p. ISBN 9782841143276
- KLEIN Claude, *Le cas Eichmann : vu de Jérusalem*, Éditions Gallimard, 2012, 265p. ISBN 9782070131365
- KLING Anne, *Le CRIF : un lobby au cœur de la République*, Strasbourg, Éditions Mithra, 2011, 293p. ISBN 9782952942324
- KOLBOOM Ingo, *Pièces d'identité. Signets d'une décennie allemande*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2001, 205p. ISBN 9782760618121
- KRIEGEL Annie, *Réflexion sur les questions juives*, Éditions Hachette, Collection Pluriel, 1984, 633p. ISBN 9782010099700

- KURLANSKI Mark, *1968, l'année qui ébranla le monde*, traduit de l'américain par PIELAT Thierry, Éditions Presses de la cité, 2005, 551p. ISBN 9782258066298
- LABORIE Pierre, *Les mots de 39-45*, Toulouse, Éditions Presses universitaires du Mirail, 2006, 128p. ISBN 9782858166862
- LAGRANGE Evelyne, HAMANN André et SOREL Jean-Marc (sous la dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne,* Éditions Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, vol. 29, 2012, 455p. ISBN 9782365170123
- LAMY (DE) Bertrand, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Éditions L.G.D.J., 2000, 436p. ISBN 9782275019567
- LARAT Fabrice, *Histoire politique de l'intégration européenne (1945-2003)*, Éditions La Documentation française, 2003, 128p. ISBN 9782110053510
- LAZARE Lucien, *La résistance juive en France*, Éditions Stock, 1987, 424p. ISBN 9782234020801
- LEBLOIS-HAPPE Jocelyne (sous la dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses ?*, Actes des premières rencontres de droit pénal franco-allemand à Metz, 27 juin 2007, Éditions Société de législation comparée, 2008, 215p. ISBN 9782908199697
- LEDOUX Sébastien, *Le « devoir de mémoire » à l'école – Essai d'écriture d'un nouveau roman national*, Sarrebrück, Éditions universitaires européennes, 2011, 102p. ISBN 9786131596292
- LEENHARDT-SALVAN Mylène (sous la dir.), *Tourisme de mémoire*, Éditions touristiques européennes, Collection Cahiers espaces n° 80, 2003, 121p.
- LE GOFF Jacques (sous la dir.), *La nouvelle histoire*, Éditions Retz, Collection Les encyclopédies du savoir moderne, 1978, 574p.
- LEON Pierre et DUPEUX Georges (sous la dir.), *Histoire économique et sociale du monde*, Tome 5 – Guerres et crises 1914-1947, Éditions Armand Colin, 1977, 623p.
- LEVI Primo, *Les naufragés et les rescapés : quarante ans après Auschwitz*, Éditions Gallimard, Collection Arcades, 1989, 199p. ISBN 9782070715114

  - *Si c'est un homme*, traduit de l'italien par SCHRUOFFENEGER Martine, Éditions Robert Laffont, 1999, 213p. ISBN 9782221084195
- LOTTMAN Herbert, *L'épuration – 1943-1953*, traduit de l'anglais par VIERNE Béatrice, Éditions Fayard, Collection Livre de poche, 1986, 532p. ISBN 9782213018546
- MALABAT Valérie, LAMY (DE) Bertrand et GIACOPELLI Muriel (sous la dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2009, 410p. ISBN 9782247108718
- MALABAT Valérie et al., *La dimension internationale de la justice pénale*, Recherche menée avec le soutien du G.I.P. Mission de recherche Droit et Justice, 2011, 370p.

- MANNHEIM Karl, *Le problème des générations*, traduit de l'allemand par MAUGER Gérard et PERIVOLAROPOULOU Nia, Éditions Armand Colin, 2011, 162p. ISBN 9782200272661
- MARGOTTON Jean-Charles et PERENNEC Marie-Hélène (sous la dir.), *La mémoire*, Lyon, Éditions Presses universitaires de Lyon, 2003, 360p. ISBN 9782729707163
- MATHIAS Eric, *Les procureurs du droit, De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Éditions du C.N.R.S., Collection Droit, 1999, 288p. ISBN 9782271056498
- MAYER Arno Joseph, *La solution finale dans l'Histoire,* traduit de l'anglais par CARLIER Marie-Gabrielle et CARLIER Jeannie, Éditions La Découverte, 1990, 566p. ISBN 9782707119629
- MERTENS Pierre, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité : étude de droit international et de droit comparé*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1974, 232p. ISBN 9782800404295
- MIARD-DELACROIX Hélène, *Willy Brandt*, Éditions Fayard, 2013, 312p. ISBN 9782213672502
- MICHEL Johann (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance,* Rennes, Éditions Presses universitaires de Rennes, 2005, 283p. ISBN 9782753501416

  - *Gouverner les mémoires, Les politiques mémorielles en France*, Éditions P.U.F., 2010, 224p. ISBN 9782130572398
- MICHELET Edmond, *Rue de la Liberté : Dachau, 1943-1945*, Éditions Seuil, 1955, 247p.
- MILZA Pierre, *L'Europe en chemise noire. Les extrêmes droites en Europe de 1945 à aujourd'hui*, Éditions Flammarion, Collection Champs, 2004, 478p. ISBN 9782080800831
- MODIGLIANI Denise, *Fragments pour une poétique du discours historique*, Éditions L'Harmattan, Collection Ouverture philosophique, 2013, 296p. ISBN 9782343011608
- MONNERAY Henri (sous la dir.), *La persécution des Juifs en France et dans les autres pays de l'ouest présentée par la France à Nuremberg,* Éditions du Centre, 1947, 423p.
- MORIN Achille, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, Éditions Marchal et Billard, 1872, 2 volumes.
- MOUTIN Pierre et SCHWEITZER Marc, *Les crimes contre l'humanité, Du silence à la parole – Etudes cliniques,* Grenoble, Éditions Presses universitaires de Grenoble, Collection Mémoire vivante de la déportation, 1994, 127p. ISBN 9782706105562
- MUCCHIELLI Laurent (sous la dir.), *La frénésie sécuritaire ; retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, Éditions La Découverte, Collection Sur le vif, 2008, 138p. ISBN 9782707154323
- MURAY Philippe, *Essais*, Éditions Les Belles Lettres, 2010, 1812p. ISBN 9782251443935
- NICOLAÏDIS Dimitri (sous la dir.), *Oublier nos crimes. L'amnésie nationale : une spécificité française*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, 253p. ISBN 9782746702835
- NOGUERES Louis, *Le véritable procès du Maréchal Pétain*, Éditions Fayard, 1955, 659p.

- NOLLEZ-GOLDBACH Raphaëlle et SAADA Julie, *La justice pénale internationale face aux crimes de masse*, Éditions Pédone, 2014, Collection La justice pénale internationale, 241p. ISBN 9782233007230
- NOLTE Ernst, *La guerre civile européenne, 1917-1945. Bolchevisme et national-socialisme,* traduit de l'allemand par ARGELES Jean-Marie, Éditions Syrtes, 2000, 665p. ISBN 9782845450134
- NORA Pierre (sous la dir.), *Les Lieux de mémoire*, Tome I – La République, La Nation, Éditions Gallimard, Collection Quarto, 1997, 1642p. ISBN 9782070749027

  - *Les Lieux de mémoire*, Tome II – La Nation, Les France, Éditions Gallimard, Collection Quarto, 1997, 1355p. ISBN 9782070749034

  - *Les Lieux de mémoire*, Tome III – Les France, Éditions Gallimard, Collection Quarto, 1997, 1720p. ISBN 9782070749041
- NOUSCHI Marc, *Bilan de la Seconde Guerre mondiale : l'après-guerre 1945-1950*, Éditions Seuil, Collection Mémo, 1996, 63p. ISBN 9782020231947
- NOVIK Peter, *L'épuration française 1944-1949*, Éditions Seuil, Collection Point – Histoire, 1991, 364p. ISBN 9782020127615

  - *L'Holocauste dans la vie américaine*, traduction de l'anglais par DAUZAT Pierre-Emmanuel, Éditions Gallimard, Collection Bibliothèque des histoires, 2001, 434p. ISBN 9782070759033
- OFFENSTADT Nicolas, *Les mots de l'historien*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2005, 125p. ISBN 9782858167357
- OSIEL Mark, *Juger les crimes de masse – La mémoire collective et le droit*, traduit de l'anglais par FIDEL Jean-Luc, Éditions Seuil, 2006, 453p. ISBN 9782020481243
- PANCRACIO Jean-Paul, *Un mutant juridique : l'agression internationale*, Éditions de l'I.R.S.E.M., Collection Cahiers de l'I.R.S.EM. n° 7, 2011, 85p.
- PARENTEAU Danic et PARENTEAU Ian, *Les idéologies politiques – Le clivage droite-gauche*, Québec, Presses universitaires du Québec, 2008, 210p. ISBN 9782221127094
- PAULHAN Jean, *Lettre aux Directeurs de la Résistance*, Éditions de Minuit, 1952, 54p.
- PAXTON Robert O., *La France de Vichy 1940-1944*, traduit de l'américain par BERTRAND Claude, Éditions Seuil, Collection Point – Histoire, 1973, 375p. ISBN 9782020006613
- PAYON André, *Maillé martyr, Récit du massacre du 25 août 1944*, 2ème réédition, Tours, Gibert-Clarey Imprimeurs, 1993, 111p.
- PENDARIES Yveline, *Les procès de Rastatt (1946-1954) – Le jugement des crimes de guerre en zone française d'occupation en Allemagne*, Bern, Éditions Peter Lang, Collection Contacts, 1998, 366p. ISBN 9783906754185
- PHILONENKO Alexis, *Essai sur la philosophie de la guerre*, Librairie philosophique J. Vrin, Collection Problèmes et controverses, 1988, 265p. ISBN 9782711606047

- POIDEVIN Raymond, *L'Allemagne et le monde au XX^{ème} siècle*, Éditions Masson, Collection Relations internationales contemporaines, 1983, 292p. ISBN 9782225800474
- POIROT-DELPECH Bertrand, *Papon, un crime de bureau*, Éditions Stock, 1998, 474p. ISBN 9782234048911
- POLIAKOV Léon, *Le procès de Nuremberg*, Éditions Julliard, Collection Archives, 1971, 289p.

  - *Le procès de Jérusalem – Juger Adolf Eichmann*, Éditions Calmann-Levy, 1999, 414p. ISBN 9782702130308
- POMPIDOU Georges, *Entretiens et discours*, Éditions Flammarion, 1984, 707p. ISBN 9782080646736
- RAJSFUS Maurice, *Des Juifs dans la Collaboration. L'UGIF, 1941-1944*, Éditions Etudes et Documentation internationales, 1980, 403p. ISBN 9782851390578

  - *Drancy. Un camp de concentration très ordinaire, 1941-1944*, Levallois-Perret, Éditions Manya, 1991, 413p. ISBN 9782878960198
- RASSINIER Paul, *Le Mensonge d'Ulysse : regard sur la littérature concentrationnaire*, Bourg-en-Bresse, Éditions bressanes, 1950, 232p.
- RAWLS John, *Le droit des gens*, Éditions Esprit, 1996, 129p. ISBN 9782909210186
- RAZOUX Pierre, *La Guerre des Six Jours (5-10 juin 1967). Du mythe à la réalité*, Éditions Economica, 2004, 314p. ISBN 9782717847703
- REICHEL Peter, *L'Allemagne et sa mémoire*, traduit de l'allemand par MANNONI Olivier, Éditions Odile Jacob, 1998, 353p. ISBN 9782738105585
- REMOND René (sous la dir.), *Touvier et l'Eglise, rapport de la Commission historique instituée par le cardinal Decourtray*, Éditions Fayard, Collection Pour une histoire du XX^{ème} siècle, 1992, 418p. ISBN 9782213028804

  - *Quant l'Etat se mêle de l'Histoire – Entretiens avec François Azouvi*, Éditions Stock, Collection Les essais, 2006, 106p. ISBN 9782234059191
- RICŒUR Paul, *Le Juste*, Éditions Esprit, 1995, 221p. ISBN 9782909210162

  - *Histoire et Vérité,* Éditions Seuil, 2001, 408p. ISBN 9782020410946

  - *L'histoire, la mémoire, l'oubli,* Éditions Seuil, Collection Points – Essais, 2003, 689p. ISBN 9782020563321
- RIOUX Jean-Pierre, *La France de la Quatrième République,* Tome I - L'ardeur et la nécessité. 1944-1952, Éditions Seuil, Collection Points – Histoire, 1980, 309p. ISBN 9782020056595
- RIST Charles, *Une saison gâtée. Journal de la guerre et de l'Occupation – 1939-1945*, Éditions Fayard, 1983, 469p. ISBN 9782213012643
- ROULOT Jean-François, *Le crime contre l'humanité*, Éditions L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, 2002, 442p. ISBN 9782747535830

- ROUSSO Henry, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours,* Éditions Seuil, Collection Points – Histoire, 1990, 414p. ISBN 9782020121576

  - *Juger Eichmann, Jérusalem, 1961*, Éditions du Mémorial de la Shoah, 2011, 183p. ISBN 9782916966601

- ROVAN Joseph, *Histoire de l'Allemagne des origines à nos jours*, Éditions Seuil, Collection Points – Histoire, 1994, 957p. ISBN 9782020182966

- ROY Jules, *Le grand naufrage – Chronique du procès Pétain*, Éditions Albin Michel, 315p. ISBN 9782226078094

- RUIZ FABRI Helène, DELLA MORTE Gabriele, LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, MARTIN-CHENUT Kathia (sous la dir.), *La clémence saisie par le droit*, Éditions Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, 2007, 645p. ISBN 9782908199581

- SALAS Denis (sous la dir.), *Victimes de guerre en quête de justice – Faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'Histoire*, Éditions L'Harmattan, 2004, 196p. ISBN 9782747571753

  - *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Éditions Hachette, Collection Littératures, 2005, 286p. ISBN 9782012356894

- SALOMONIE Antonella, *L'Union soviétique et la Shoah*, Éditions La Découverte, 2008, 342p. ISBN 9782707154682

- SCHILLER Friedrich, *Poésies de Schiller*, 2ème édition, traduit de l'allemand par MARMIER Xavier, Éditions Charpentier, 1854, 288p.

- SCHLINK Bernhard, *Le Liseur*, traduit de l'allemand par LHORTOLARY Bernard, Éditions Gallimard, Collection Folio, 1999, 242p. ISBN 9782070404582

- SEMELIN Jacques, *Purifier et détruire : usages politiques des massacres et des génocides*, Éditions Seuil, Collection Points – Essais, 2005, 640p. ISBN 9782757829813

- SERENY Gitta, *Au fond des ténèbres : Un bourreau parle : Franz Stangl, commandant de Treblinka*, Éditions Tallandier, 2013, 559p. ISBN 9791021000643

- SLITINSKY Michel, *Procès Papon : le devoir de justice*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, Collection Monde en cours, 1998, 261p. ISBN 9782876783843

- STEINER Jean-François, *Treblinka – La révolte d'un camp d'extermination*, Éditions Fayard, 1966, 394p. ISBN 9782213593388

- STERN Fritz, *Rêves et illusions : le drame de l'histoire allemande*, traduit de l'anglais par ETORE Jeanne, Editions Albin Michel, Collection Les grandes traductions, 1999, 377p. ISBN 9782226036612

- STORA Benjamin, *La guerre des mémoires. La France face à son passé colonial – Entretien avec Thierry Leclère*, la Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2007, 107p. ISBN 9782752603296

- TAYLOR Telford, *Les Procès de Nuremberg : crimes de guerre et droit international*, Éditions Dotation Carnegie pour la paix internationale, Collection Conciliation internationale, 1949, 167p.

- *Procureur à Nuremberg*, traduit de l'américain par PALOMERA Marie-France, Éditions Seuil, 1995, 709p. ISBN 9782020194365

- TERNON Yves, *Enquête sur la négation d'un génocide*, Marseille, Éditions Parenthèses, 1989, 229p. ISBN 9782863640524

- TEYSSIER (DE) François et BAUDIER Gilles, *La construction de l'Europe*, Éditions P.U.F., Collection Que sais-je ?, 2005, 127p. ISBN 9782130552628

- TILLION Germaine, *Ravensbrück*, Éditions Seuil, Collection Points – Histoire, 1997, 517p. ISBN 9782020310079

- TITE-LIVE, *Histoire romaine*, Tome V, Livre V, traduit par BAILLET Gaston, Éditions Les Belles Lettres, 1969, 174p.

- TOULEMON Robert, *La construction européenne : histoire, acquis, perspectives*, Éditions Librairie générale française, 1994, 288p. ISBN 9782253065791

- TOURNIER Maurice, *Des noms et des gens en guerre,* Tome II – De la Seconde Guerre mondiale aux génocides (1939-1945), Éditions L'Harmattan, Collection Langue et parole, 2013, 273p. ISBN 9782336291772

- TRAVERSO Enzo, *A feu et à sang : De la guerre civile européenne 1914-1945*, Éditions Stock, Collection Un ordre d'idées, 2007, 370p. ISBN 9782234059184

- TRUCHE Pierre (sous la dir.), *Juger les crimes contre l'humanité – Vingt ans après le procès Barbie,* Actes du colloque des 10-11-12 octobre 2007 organisé par l'E.N.S. Lettres et sciences humaines, Éditions de l'E.N.S., 2009, 262p. ISBN 9782847881509

- VAÏSSE Maurice (sous la dir.), *8 mai 1945 : la victoire en Europe*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2005, 228p. ISBN 9782804800390

- VARAUT Jean-Marc, *Le procès de Nuremberg*, Éditions Perrin, 1992, 419p. ISBN 9782262008819

  - *Le procès Pétain, 1945-1995*, Éditions Perrin, 1995, 536p. ISBN 9782262010911

- VEIL Simone, *Une vie*, Éditions Stock, 2007, 397p. ISBN 9782234058170

- VIDAL Dominique, *Les historiens allemands relisent la Shoah*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2002, 217p. ISBN 9782870279090

- VIDAL-NAQUET Pierre, *Les Assassins de la mémoire – « Un Eichmann de papier » et autres essais sur le révisionnisme*, Éditions La Découverte, 1987, 231p. ISBN 9782707117045

- VOLLET Dominique et HADJAB Farid, *Manuel de l'évaluation des politiques publiques*, Éditions Quae, Collection Guide pratique, 2008, 63p. ISBN 9782759201655

- WAHL Alfred (sous la dir.), *Mémoire de la Seconde Guerre mondiale,* Actes du colloque de Metz des 6-8 octobre 1983, Metz, Éditions du Centre de recherche histoire et civilisation de l'Europe occidentale, 1984, 301p. ISBN 9782857300168

- *La seconde histoire du nazisme : Dans l'Allemagne fédérale depuis 1945*, Éditions Armand Colin, Collection Les enjeux de l'histoire, 2006, 335p. ISBN 9782200268442

- WELLERS Georges, *La solution finale et la mythomanie néo-nazie*, Grenoble, Éditions du Centre de la documentation juive contemporaine, 1979, 95p.

  - *Les chambres à gaz ont existé : des documents, des témoignages, des chiffres*, Éditions Gallimard, Collection Témoins, 1981, 227p.

- WERTH Léon, *Impressions d'audience – Le procès Pétain*, Éditions Viviane Hami, 1995, 154p. ISBN 9782878580709

- WIEVIORKA Annette, *Le procès Eichmann*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1989, 201p. ISBN 9782870272824

  - *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, 328p. ISBN 9782870276129

  - *Le procès de Nuremberg*, Éditions Liana Levi, Collection Piccolo, 2006, 312p. ISBN 9782867464201

- WINKLER Heinrich August, *Histoire de l'Allemagne, XIXe- XXe siècle. Le long chemin vers l'Occident*, traduit de l'allemand par DEMANGE Odile, Éditions Fayard, 2005, 1152p. ISBN 9782213624433

- WINOCK Michel, *Edouard Drumont et Cie. Antisémitisme et fascisme en France*, Éditions Seuil, 1982, 218p. ISBN 9782020060882

- WOLPERT Léo, *Ma famille, moi et l'occupation*, Éditions Publibook, 2008, 126p. ISBN 9782748342406

- ZAOUI Michel, HERRENDSCHMIDT Noëlle et GARAPON Antoine, *Mémoires de justice : les procès Barbie, Touvier, Papon*, Éditions Seuil, 2009, 190p. ISBN 9782020962360

- ZOLLER Elisabeth (sous la dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2008, 292p. ISBN 9782247079193

- ZORGBIBE Charles, *Histoire de la construction européenne*, Éditions P.U.F., 1997, 382p. ISBN 9782130454991

Voir également :

- *Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général la Haute Cour de Justice*, Imprimerie des Journaux Officiels, 1945, 386p.

- *Le procès de Nuremberg. Le verdict*, Office français d'édition, Collection Documents pour servir à l'histoire de la guerre, 1947, 208p.

- *Le procès de Nuremberg. L'accusation française*, Tome I – Exposé introductif par M. François de Menthon, Office français d'édition, Collection Documents pour servir à l'histoire de la guerre, 1947, 72p.

- *TMI – Procès des grands criminels de guerre. Documents officiels. Texte officiel en langue française*, Nuremberg, Éditions du Tribunal militaire international, 1947-1949, 42 tomes
- *Le procès de Xavier Vallat présenté par ses amis,* Éditions Le Conquistador, 1948, 509p.
- *Le droit à l'insoumission, le dossier des 121*, Éditions Maspéro, 1961, 239p.
- *La Libération de la France*, Comité d'histoire de la Seconde Guerre mondiale, Éditions du C.N.R.S., 1976, 1054p. ISBN 9782222018384
- *L'Allemagne nazie et le génocide juif,* Actes du colloque de l'E.H.E.S.S., Éditions Gallimard/Seuil, 1985, 600p. ISBN 9782020089852
- *Les Juifs dans la Résistance et la Libération – Histoire, témoignages, débats*, textes réunis et présentés par le R.H.I.C.O.J., Éditions du Scribe, 1985, 208p. ISBN 9782867650055
- *La mémoire des Français. Quarante ans de commémorations de la Seconde Guerre mondiale*, Éditions du C.N.R.S., 1986, 400p. ISBN 9782222038979
- *Devant l'histoire – Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, traduit de l'allemand par VERGNE-CAIN Brigitte et al., Éditions du Cerf, Collection Passages, 1988, 353p. ISBN 9782204029018
- *Personne ne voudra nous croire*, Témoignages recueillis et présentés par KAHN Annette, Éditions Payot, 1991, 178p. ISBN 9782228883559
- *TMI – Procès des grands criminels de guerre. Documents officiels. Texte officiel en langue française*, Éditions Tristan Mage, 1993, 80 tomes
- *Pouvoir politique et médias, dérive vers la télécratie ? Le crime contre l'humanité : en droit international, en droit français ; L'élection européenne de juin 1994*, Éditions La documentation française, Collection Regards sur l'actualité n° 203, 1994, 78p. ISBN 9783303332602032
- *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9-10 décembre 1995 organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 290p. ISBN 9782731400946
- *Répression nationale des violations du droit international humanitaire (systèmes romano-germaniques),* Rapport de la réunion d'experts du 23-25 septembre 1997, Genève, Éditions C.I.C.R., 1998, 310p.
- *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation,* Actes du colloque de la Faculté de droit de l'Université de Genève, 16-17 mars 2001, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2002, 355p. ISBN 9782275022155
- *La lutte contre le négationnisme : bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, Actes du colloque du 5 juillet 2002, organisé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Éditions La Documentation française, 2003, 121p. ISBN 9782110054111

- *La répression en France à l'été 1944*, Actes du colloque organisé par la Fondation de la résistance à Saint-Amand-Montrond, 8 juin 2005, Éditions électroniques, 2007, 71p., disponible **[en ligne]** sur www.fondationresistance.org/documents/ee/Doc00004.pdf
- *La procédure pénale en quête de cohérence,* sous l'égide de la Cour de cassation, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2007, 334p. ISBN 9782247071562
- *Une V^ème^ République plus démocratique*, sous l'égide du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^ème^ République, Éditions La Documentation Française, 2007, 288p. ISBN 9782213636207
- *Les crimes de masse au XXe siècLe. Génocides, crimes contre l'humanité…*, Chaire lyonnaise des droits de l'homme, Lyon, Éditions Aléas, 116p. ISBN 9782843012396
- *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, Éditions La Documentation française, Collection Histoire de la Justice n° 18, 2008, 287p. ISBN 9782110073006
- *France-Allemagne, 50 ans après le Traité de l'Elysée – Revue Politique étrangère* 2012/4, Éditions de l'I.F.R.I., 236p. ISBN 9782365671026

En langue étrangère

- ALCACER GUIRAO Rafael, *Lesion del bien juridico o lesion de deber ? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelone, Editiorial Atelier, Collection Serie mayor, 2003, 136p. ISBN 9789508943903
- BEAUD Olivier et HEYEN Erk Volkmar (sous la dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen – Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, 367p. ISBN 9783789061455
- BINDING Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Engelmann Verlag, 1872, 233p.
- BURUMA Ian, *The Wages of Guilt. Memories of War in Germany and Japan*, Londres, Vintage Publishing, 1995, 330p. ISBN 9780099477914
- CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 472p. ISBN 9780199259113
- CONNERTON Paul, *How Societies Remember*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 121p. ISBN 9780521270939
- DAM (VAN) H. G. et GIORDANO Ralph, *KZ-Verbrechen vor deutschen Gerichten – Band II : Einsatzkommando Tilsit, Der Prozess zu Ulm*, Frankfurt-am-Main, Europäische Verlangsanstalt, 1966, 514p.
- DEHIO Ludwig, *Deutschland und die Weltpolitik im 20. Jahrhundert*, Munich, R. Oldenbourg Verlag, 1955, 155p.

- EARL Hillary C., *The Nuremberg S.S.-Einsatzgruppen trial – 1945-1958*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 336p. ISBN 9780521178686
- FISCHER Fritz, *Griff nach der Weltmacht, Die Kriegszielpolitik des kaiserlichen Deutschland 1914/18*, Düsseldorf, Droste Verlag, 1964, 902p.
- FREI Norbert, *Vergangenheitspolitik – die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Munich, C.H. Beck Verlag, 1996, 468p. ISBN 9783406636615
- FRIEDRICH Jörg, *Die Kalte Amnestie – NS-Täter in der Bundesrepublik*, Frankfurt-am-Main, Fischer Verlag, 1984, 431p. ISBN 9783596243084
- GASSERT Philipp et STEINWEIS Alan E., *Coping with the nazi past : West German Debates on Nazism and Generational Conflict – 1955-1975*, New-York, Berghahn Books, 2007, 339p. ISBN 9781845455057
- GEIGER Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht : Die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht - ein Studienbuch*, 2ème édition, Munich, C.H. Beck Verlag, 1994, 431p. ISBN 9783406352820
- GILBERT Martin, *Atlas of the Holocaust*, New-York, Pergamon Press, 1988, 256p. ISBN 9780718121600
- GINSBURGS George et KUDRIATSEV V.N., *The Nuremberg trial and International law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, 288p. ISBN 9780792307983
- GOTTO Klaus, *Der Staatssekretär Adenauers. Persönlichkeit und politisches Wirken Hans Globkes*, Stuttgart, Klett-Cotta Verlag, 1980, 287p. ISBN 9783129129203
- GRZEBYK Patrycja, *Criminal responsibility for the crime of agression*, Abingdon-on-Thames, Routledge Publishing, 2013, 394p. ISBN 9780415856782
- GUTMAN Yisrael et BERENBAUM Michael (sous la dir.), *Anatomy of the Auschwitz Death Camp*, Indianapolis, Indiana University Press, 1994, 638p. ISBN 9780253326843
- HARTUNG Hannes, *Kunstraub in Krieg und Verfolgung. Die Restitution der Beute – und Raubkunst im Kollisions – und Völkerrecht*, Berlin, De Gruyter Verlag, 2005, 558p. ISBN 9783899492101
- HASSEL Katrin, *Kriegsverbrechen vor Gericht – Die Kriegsverbrecherprozesse vor Militärgerichten in der britischen Besatzungszone unter dem Royal Warrant vom 18. Juni 1945 (1945-1949)*, Baden-Baden, Nomos Verlag, Collection Studien zur Geschichte des Völkerrechts, vol. 19, 2009, 342p. ISBN 9783832938253
- HORMAZABAL MALARÉE Hernan, *Bien juridico y estado social y democratico de derecho : el objeto protegido por la norma penal*, Barcelone, Editorial Promociones y Publicaciones Universitas, Collection Derecho y estado, 1991, 188p. ISBN 9788476657942
- HÖSS Rudolf, *Kommandant in Auschwitz, Autobiographische Aufzeichnungen*, présenté par BROSZAT Martin, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2008, 288p. ISBN 9783423301275
- JUST-DAHL-MANN Barbara et JUST Helmut, *Die Gehilfen*, Frankfurt-am-Main, Athenäum Verlag, 1988, 326p. ISBN 9783610084738

- KOSIEK Rolf, *Historikerstreit und Geschichtsrevision*, Tübingen, Grabert Verlag, 1987, 239p. ISBN 9783878470861
- KRAUS Herbert, *Kontrollratsgesetz Nr. 10*, Hambourg, Rechts- u. Staatswiss. Verlag, 1948, 146p.
- KURETSIDIS-HAIDER Claudia et al., *Das KZ Lublin-Majdanek und die Justiz : Strafverfolgung und verweigerte Gerechtigkeit. Polen, Deutschland und Österreich im Vergleich*, Graz, Clio Verlag, 2011, 479p. ISBN 9783902542267
- LANGBEIN Hermann, *Der Auschwitz Prozess – eine Dokumentation*, Frankfurt-am-Main, Neue Kritik Verlag, 1995, 2 volumes. ISBN 9783801502836
- LEMKIN Rafaël, *Axis Rule in Occupied Europe : Laws Of Occupation, Analysis Of Government, Proposals For Redress*, Washington, Éditions Dotation Carnegie pour la Paix Internationale, 1944, 674p.
- LENNON J. John et FOLEY Malcolm, *Dark tourism*, Londres, Continuum Publishing, 2000, 184p. ISBN 9780826450647
- LERCH Kent D. (sous la dir.), *Die Sprache des Rechts*, Tome 1 – Recht verstehen, Berlin, De Gruyter Verlag, 2004, 466p. ISBN 9783110181425
- LINGEN (VON) Kerstin, *Kesselring's Last Battle : War crimes trials and cold war politics – 1945-1960*, Lawrence, University Press of Kansas, 2009, 451p. ISBN 9780700616411
- LIPSTADT Deborah E., *The Eichmann Trial*, New-York, Nextbook Publishing, 237p. ISBN 9780805242607
- MCADAMS A. James, *Judging the past in unified Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 244p. ISBN 9780521001397
- MEINECKE Friedrich, *Die deutsche Katastrophe : Betrachtungen und Erinnerungen*, Wiesbaden, E. Brockhaus Verlag, 1946, 177p.
- NAUMANN Bernd, *Auschwitz : a report on the proceedings against Robert Ludwig Mulka ans others before the court of Frankfurt*, Londres, Praeger Publishing, 1966, 433p.
- NEUNER Matthias (sous la dir.), *National Legislation Incorporating International Crimes – Approaches of Civil and Common Law Countries*, Berlin, Berliner Wissenschafts, 2003, 271p. ISBN 9783830501435
- NOELLE Elisabeth et NEUMANN Erich Peter, *Jahrbuch der öffentlichen Meinung – 1947-1955*, Allensbach, Verlag für Demoskopie, 1956, 55p.
- PENDAS Devin O., *The Frankfurt Auschwitz Trial, 1963-1965, Genocide, History, and the Limits of the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 340p. ISBN 9780521844062
- PETERS Hans, *Deutscher Föderalismus*, Cologne, Bachem Verlag, 1947, 94p.
- PÖSCHKO Häns H. (sous la dir.), *Die Ermittler von Ludwigsburg, Deutschland und die Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*, Berlin, Metropol Verlag, 2008, 192p. ISBN 9783938690376
- ROXIN Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ème édition, Hambourg, De Gruyter Verlag, 2000, 764p. ISBN 9783110164640

- RÜCKERL Adalbert, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978*, Heidelberg/Karlsruhe, Müller Juristischer Verlag, 1979, 148p. ISBN 9783811406797

  - *NS-Verbrechen vor Gericht - Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1982, 343p. ISBN 9783811491830

- SCHABAS A. William, *Genocide in International Law – The crimes of crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 624p. ISBN 9780521787904

- SCHWAN Gesine, *Politik und Schuld. Die zerstörerische Macht des Schweigens*, Frankfurt-am-Main, Fischer Verlag, 1997, 283p. ISBN 9783596134048

- SELLARS Kristen, *« Crimes against peace » and international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 316p. ISBN 9781107028845

- STEINE Ronen, *The politics of international criminal justice : German perspectives from Nuremberg to the Hague*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 150p. ISBN 9781849463133

- STÜRMER Michael, *Dissonanzen des Fortschritts – Essays uber Geschichte und Politik in Deutschland*, Munich, Piper Verlag, 1986, 336p. ISBN 9783492030052

- TAYLOR Telford, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council law n° 10*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1949, 352p., disponible **[en ligne]** sur http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_final-report.pdf

- WEINKE Annette, *Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst – Die Geschichte der Zentralen Stelle Ludwigsburg 1958-2008*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2008, 224p. ISBN 9783534219506

- WOJAK Irmtrud (sous la dir.), *Auschwitz-Prozess 4 Ks 2/63 Frankfurt am Main*, Cologne, Snoeck Verlag, 2004, 871p. ISBN 9783936859089

Voir également :

- *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10*, Washington, U.S. Government Printing Office, 15 volumes, disponibles **[en ligne]** sur http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html

- *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs mit Begründung*, Bundesministerium der Justiz, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, 88p. ISBN 9783789075391

- *Gestapo, S.S., und Reich security main office on Wilhelm and Prinz-Albrecht Strasse – A documentation – Topography of Terror*, Berlin, Stiftung Topographie des Terrors, 2010, 431p. ISBN 9783941772076

THESES ET MEMOIRES

En langue française

- ABOU DAHER Layal, *La compétence universelle des juridictions nationales. Etude de droit comparé : Belgique, France, Liban*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 2010, 648p.
- AUBERT Bernadette, *Le droit international devant la Chambre criminelle (cinquante ans de jurisprudence)*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 1998, Éditions P.U.F., Collection Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2000, 572p. ISBN 9782130507948
- BOUVIER Charlotte-Lucie, *Oradour, Izieu, Maillé : Histoire, droit, mémoire*, Mémoire de Master II, Université de Poitiers, 2009, 95p.
- CUNY Jean, *La capitulation sans conditions de l'Allemagne et ses précédents historiques*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1946, Berlin, Imprimerie nationale, 1947, 70p.
- GATHELIER Ariane, *La compétence universelle en droits allemand et français - Approche comparative*, Mémoire de Master II, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2013, 47p.
- JOUVE Edmond, *Le Général de Gaulle et la construction de l'Europe*, Thèse de doctorat en Science politique, Université de Paris, 1966, Éditions L.G.D.J., Collection Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1967, 969p.
- KHALIFA Ahmed Fathy, *Les techniques d'imputation devant les juridictions internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 2012, 544p.
- LACAZE Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Montpellier, 2009, Éditions L.G.D.J., Collection des Thèses n° 39, 2010, 553p. ISBN 9782916606385
- LAMBAUER Barbara, *Otto Abtez et les Français : ou l'envers de la Collaboration*, Thèse de doctorat en Histoire, I.E.P. de Paris, 2000, Éditions Fayard, 2001, 895p. ISBN 9782213610238
- LAVABRE Marie-Claire, *Le fil rouge. Sociologie de la mémoire communiste*, Thèse de doctorat en Science politique, I.E.P. de Paris, 1992, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1994, 319p. ISBN 9782724606607
- LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, *Quelle réponse à la petite délinquance ? Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, Thèse de doctorat en Droit, Université d'Aix-Marseille, 1998, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 2 volumes. ISBN 9782731403084

- LEMASSON Aurélien-Thibault, *La victime devant la justice pénale internationale*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Limoges, 2010, Limoges, Presses universitaire de Limoges, 2012, 803p. ISBN 9782842875626
- LORRAIN (LE) Marion, *L'histoire et le droit pénal*, Mémoire de Master II, Université Panthéon-Assas, 2010, 107p.
- METANGMO Véronique, *Le crime d'agression : recherches sur l'originalité d'un crime à la croisée du droit international pénal et du droit pénal du maintien de la paix*, Thèse de doctorat en Droit, Université Lille II Droit et santé, 2012, 678p.
- MEYROWITZ Henri, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1960, Éditions L.G.D.J., 1960, 514p.
- MIHMAN Alexis, *Contribution à l'étude du temps dans la procédure pénale : pour une approche unitaire du temps dans la réponse pénale*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris Sud XI, 2007, 570p.
- OZMERT Semih, *La notion d'organisation criminelle dans le jugement de Nuremberg*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1952, 290p.
- PARIZOT Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée – Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment d'argent en France et en Italie*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006, Éditions L.G.D.J., Collection Bibliothèque de sciences criminelles, 2010, 441p. ISBN 9782275035895
- ROQUES Henri, *Les « confessions » de Kurt Gerstein : Etude comparative des différentes versions*, Thèse de doctorat en Lettres modernes, Université de Nantes, 1985, 373p.
- VARINARD André, *La prescription de l'action publique – Sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse de doctorat en Droit, Université Lyon III, 1973, Lyon, Éditions de l'Association générale des étudiants de Lyon, 1973, 529p.
- VIRALLY Michel, *L'administration internationale de l'Allemagne, du 8 mai 1945 au 24 avril 1947*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Paris, 1947, Éditions Pedone, 1948, 180p.
- VIVANT Carole, *L'historien saisi par le droit : contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Thèse de doctorat en Droit, Université Montpellier I, 2005, Éditions Dalloz, Collection Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, 525p. ISBN 9782247072316
- WALTHER Julien, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité)*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Nancy, 2003, 513p.

En langue étrangère

- CUESTA PASTOR Pablo, *Delitos obstaculo : tension entre politica criminal y teoria del bien juridico*, Université de Grenade, 2002, Grenade, Editorial Comares, 307p. ISBN 9788484445401
- MOISEL Claudia, *Frankreich und die deutschen Kriegsverbrecher. Die strafrechtliche Verfolgung der Kriegs – und NS –Verbrechen und die deutsh-französischen Beziehungen seit dem Zweiten Weltkrieg*, Ruhr-Universität de Bochum, 2001, Göttingen, Wallstein Verlag, 2004, 287p. ISBN 9783892447498
- PAPPAS Claudia, *Stellvertretende Strafrechtspflege : zugleich ein Beitrag zur Ausdehnung deutscher Strafgewalt nach 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB*, Freiburg-im-Breisgau, 1996, Freiburg, Iuscrim Verlag, 262p. ISBN 9783861139690

ARTICLES ET CHRONIQUES

En langue française

- AGULHON Maurice, « Les communistes et la Libération de la France », in *La Libération de la France*, Comité d'histoire de la Seconde Guerre mondiale, Éditions du C.N.R.S., 1976, p. 67
- AKTYPIS Spyridon, « L'adaptation du droit pénal français au statut de la Cour pénale internationale : état des lieux », *Droits fondamentaux* n° 7, janvier 2008 – décembre 2009, disponible **[en ligne]** sur www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article141
- ALEXIS Frank, « De la protection des personnes contre les chiens dangereux », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1821
- ARGENT (D') Pierre, « Réconciliation, impunité, amnistie : quel droit pour quels mots ? Après les dictatures, faire la justice et la paix civile », *Revue nouvelle* n° 11, novembre 2003, disponible [**en ligne**] sur www.revuenouvelle.be/rvn_abstract.php3?id_article=528
- ARNOLD Rainer, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.I.D.C.* n° 3, 2005, vol. 57, p. 805
- ASCENSIO Hervé, « Souveraineté et responsabilité pénale internationale », in *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit – Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, p. 603
- ATTIAS-DONFUT Claudine, « La notion de génération – Usages sociaux et concept sociologique », Dossier « Le temps et la mémoire aujourd'hui », *L'Homme et la société* n° 90, 1988, p. 36

- AUBERT Bernadette, « Le jugement des responsabilités politiques par les juridictions pénales internationales ad hoc », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Actes des journées d'études des 30-31 mai 2008, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 26, Éditions Cujas, 2008, p. 185

  - « Les infractions portant atteinte aux valeurs essentielles pour l'Humanité : une construction législative non aboutie », in *Droit répressif au pluriel : interne, international, européen, des droits de l'homme. Liber Amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Éditions Nemesis/Anthemis, Collection Droit et Justice n° 110, 2014, p. 23

  - « Effectivité de la peine en droit pénal international », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *L'ineffectivité des peines*, Actes des journées d'études des 13-14 juin 2014, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 29, Éditions Cujas, à paraître

- BACHELET Olivier, « La détention de sûreté allemande (… et la garde à vue française) confrontée(s) à la Convention européenne des droits de l'homme – CEDH 13 janvier 2011, Kallweit c. Allemagne, Mautes c. Allemagne, Schummer c. Allemagne et Haidn c. Allemagne », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2011

- BANCEL Nicolas et Blanchard Pascal, « La colonisation : du débat sur la guerre d'Algérie au discours de Dakar », in BLANCHARD Pascal et VEYRAT-MASSON Isabelle (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, Éditions La Découverte, 2008, p. 137

- BARCELLINI Serge, « L'Etat républicain, acteur de la mémoire : des morts pour la France aux morts à cause de la France », in BLANCHARD Pascal et VEYRAT-MASSON Isabelle (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, Éditions La Découverte, 2008, p. 209

- BARRAL Pierre, « L'affaire d'Oradour, affrontement de deux mémoires », in WAHL Alfred (sous la dir.), *La seconde histoire du nazisme : Dans l'Allemagne fédérale depuis 1945*, Éditions Armand Colin, Collection Les enjeux de l'histoire, 2006, p. 243

- BARATTA Alessandro, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal – Pour une théorie du bien juridique », *Déviance et société* n° 1, 1991, vol. 15, p. 1

- BARCELLINI Serge, « Du droit au souvenir au devoir de mémoire », *Cahiers français de la Documentation française* n° 303, 2001, p. 24

- BAROUDY Jinane, « La compétence universelle en mutation… (A propos de la loi française n° 2010-930 du 9 août 2010) », *R.S.C.*, 2011, p. 228

- BASSIOUNI Chérif, « Crime contre l'humanité », in GUTMAN Roy et RIEFF David (sous la dir.), *Crimes de guerre – Ce que nous devons savoir*, Éditions Autrement, 2002, p. 140

- BASTIDE Roger, « Mémoire collective et sociologie du bricolage », *L'année sociologique* n° 21, 1970, p. 65

- BATSELE Didier, HANOTIAU Michel et DAURMONT Odile, « La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité (2ème partie) », *R.T.D.H.*, 1991, p. 435

- BECTARTE Clémence et BAUDOUIN Patrick, « La proposition de loi Sueur : vers une mise en conformité du droit français avec les obligations de la France en termes de lutte contre l'impunité des crimes les plus graves », *A.J. Pénal*, 2013, p. 257
- BEIGNIER Bernard, « « De la langue perfide, délivre-moi… » : réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite « loi Gayssot » », in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Éditions Bruylant, p. 497
- BENOIT Martine, « La mémoire d'Auschwitz en R.D.A. », in HÄHNEL-MESNARD Carola, LIENARD-YETERIAN Marie et MARINAS Cristina (sous la dir.), *Culture et mémoire : représentations contemporaines de la mémoire dans les espaces mémoriels, les arts du visuel, la littérature et le théâtre*, Éditions de l'Ecole polytechnique, 2008, p. 317
- BERNAT DE CELIS Jacqueline, « Le jugement par défaut : un problème de politique criminelle », *Archives de politique criminelle* n° 4, 1980, p. 85
- BERTRAMS Kenneth et BROUX (DE) Pierre-Olivier, « Du négationnisme au devoir de mémoire. L'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », in HAARSCHER Guy et FRYDMAN Benoît, *Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent*, Bruxelles, Éditions Bruylant, Collection Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles n° 35, 2008, p. 75
- BILLON Laure, « La R.D.A. face au génocide juif ou la Shoah sous silence », disponible **[en ligne]** sur http://chs.univ-paris1.fr/genocides_et_politiques_memorielles/RDA.pdf
- BITTI Gilbert, « Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale », *R.S.C.*, 2010, p. 959
- BLOCH Marc, « Mémoire collective, tradition et coutume », *Revue de synthèse historique* n° 118-120, 1929, p. 73
- BLOCH Charles, « De Gaulle et l'Allemagne », in BARNAVI Elie et FRIEDLÄNDER Saul, *La politique étrangère du Général de Gaulle – Textes réunis*, Éditions P.U.F., 1985
- BOHNEKAMP Dorothea, « La communauté juive face à la culture mémorielle en Allemagne », *Vingtième Siècle – Revue d'histoire* n° 122, avril-juin 2014, p. 99
- BOISSIER Pierre, « La répression des petits crimes de guerre », *R.I.D.P.*, 1948, p. 293
- BOSSAN Jérôme, « La loi Gayssot », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 131
- BOUIFFROR Sofiène et DERYCKE Claire, « Les organisations criminelles », in ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain, *Droit international pénal*, Éditions Pédone, 2012, p. 167
- BOURETZ, Pierre, FINKIELKRAUT Alain, JOINET Louis, LEBEN Charles, LOCHAK Danièle et VARAUT Jean-Marc, « La prescription : table ronde du 22 janvier 1999 », *Droits* n° 31, 2000, p. 41
- BOUTON Christophe, « La tragédie de l'histoire. Hegel et l'idée d'histoire mondiale », *Revue Romantisme* n° 104, 1999, p. 7
- BRACH-THIEL Delphine, « De la nécessaire réécriture de l'article 113-8-1, C.P. », *R.S.C.*, 2009, p. 523

- BRÜCKENHAUS Daniel, « La mémoire commune européenne », in GEREMEK Bronislaw et PICHT Robert (sous la dir.), *Visions d'Europe*, Éditions Odile Jacob, 2007, p. 407
- CANTEGREIL Julien, « Sur la seconde loi française d'adaptation du Statut de Rome – Essai de prospective systémale », *R.S.C.*, 2004, p. 803
- CARCASSONNE Guy, « Penser la loi », *Pouvoirs* n° 114, 2005/3, p. 39
- CARTIER Emmanuel, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité », *R.F.D.C.* n° 67, 2006, p. 509
- CARTIER Marie-Elisabeth, « Les principes constitutionnels du droit répressif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9-10 décembre 1995 organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 153
- CHESNELONG Bénédicte, « Victimes et justice des crimes de guerre et contre l'humanité », in SALAS Denis (sous la dir.), *Victimes de guerre en quête de justice – Faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'Histoire*, Éditions L'Harmattan, 2004, p. 31
- CHEVEREAU Sébastien, « Maillé, histoire d'un massacre », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 271
- CHEVEREAU Sébastien et FORLIVESI Luc, *La répression en France à l'été 1944*, Actes du colloque organisé par la Fondation de la résistance à Saint-Amand-Montrond, 8 juin 2005, Éditions électroniques, 2007, p. 65, disponible **[en ligne]** sur http://www.fondationresistance.org/documents/ee/Doc00004-008.pdf
- CHOPIN Frédérique, « Cybercriminalité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, juillet 2013
- CHRISTIAN Michel et DROIT Emmanuel, « Ecrire l'histoire du communisme : l'histoire sociale de la R.D.A. et de la Pologne communiste en Allemagne, en Pologne et en France », *Génèses* n° 61, 2005/4, p. 118
- COBERT Pascal, « Le droit français contre le racisme », disponible **[en ligne]** sur http://scp.cobert.degardin.free.fr/Racisme/Contre%20racisme%20francais.pdf
- COCATRE-ZILGIEN André, « Les Accords de Paris devant le Parlement français », *Annuaire français de droit international*, 1955, vol. 1, p. 140
- COHEN-JONATHAN Gérard, « Négationnisme et droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1997, p. 571

  - « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Au carrefour des droits : mélanges en l'hommage de Louis Dubouis*, Éditions Dalloz, 2002, p. 517
- COLIN Marcel, « Introduction », in COLIN Marcel (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, Éditions Erès, Collection Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1996, p. 30
- COMMUN Patricia, « Le miracle économique : mythe ou réalité ? Les conditions de retour à la croissance, 1945-1950 », *Documents, Revue des questions allemandes*, 2004/4, p. 19, également disponible **[en ligne]** sur http://www.cirac.u-cergy.fr/colloques_etudes_wp/wp8miracle_economique.pdf

- CONTE Philippe, « Caractère nécessaire et proportionné aux buts poursuivis des perquisitions effectuées au siège d'une entreprise de presse et d'une agence photographique (note sous Cass. crim., 5 décembre 2000) », *J.C.P. éd. G*, 2001, II, 10615
- DANET Jean, « Cinq ans de frénésie pénale », in MUCCHIELLI Laurent (sous la dir.), *La frénésie sécuritaire ; retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, Éditions La Découverte, Collection Sur le vif, 2008, p. 19
- DANIEL Julie, « Guerre d'Algérie : pas de crimes contre l'humanité », *Dalloz*, 2004, p. 92
- DANTI-JUAN Michel, « Réflexions contemporaines sur le procès des auteurs du massacre d'Oradour-sur-Glane », in COCHARD Jean (sous la dir.), *Armée, guerre et droit pénal,* Actes de la Journée d'études du 19 mai 1984, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 5, Éditions Cujas, 1986, p. 27
- DANTI-JUAN Michel et MASSE Michel, « Une pénalisation spécifique des activités militaires en O.P.E.X. : psychose collective ou réalité juridique », *L'environnement juridique des forces terrestres dans les opérations extérieures – Cahiers de recherche et d'enseignements doctrinaux* n° 1, 2004, p. 148

  - « L'évolution du droit français des crimes de guerre », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, Éditions La Charte, 2009, p. 109
- DANYEL Jürgen, « L'influence du procès de Nuremberg sur l'analyse juridique du passé national-socialiste dans les deux Etats allemands », in WIEVIORKA Annette, *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 257
- DARGENTAS Emmanuel, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *R.P.D.P.*, 1977, p. 411
- DAURES Etienne, « Contumace », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, octobre 2000
- DELLA MORTE Gabriele, « Les amnisties en droit international », in RUIZ FABRI Helène, DELLA MORTE Gabriele, LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, MARTIN-CHENUT Kathia (sous la dir.), *La clémence saisie par le droit*, Éditions Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, 2007, p. 39
- DELMAS-MARTY Mireille, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *R.S.C.*, 1994, p. 477

  - « L'interdit et le respect : comment définir le crime contre l'humanité ? », in COLIN Marcel (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, Éditions Erès, Collection Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1996, p. 19

  - *Revue Le monde de l'éducation*, juillet-août 2001

  - « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », in CASSESE Antonio et DELMAS-MARTY Mireille (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Éditions P.U.F., 2002, p. 626

  - « Le droit pénal comme éthique de mondialisation », *R.S.C.*, 2004, p. 1

- « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *R.S.C.*, 2005, p. 473

- DELMAS SAINT HILAIRE Jean-Pierre, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *Dalloz*, 1997, p. 249

- « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », *Politeïa* n° 5, 2004, p. 113

- DEPERCHIN Annie, « Responsabilité et violations du droit des gens pendant la Première Guerre mondiale : violence politique et impuissance juridique », in WIEVIORKA Annette, *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 25

- « Rapport de synthèse », Actes du colloque « Vérité historique, vérité judiciaire – A travers les grands procès issus de la Seconde Guerre mondiale » organisé par l'Ecole nationale de la Magistrature, 2 mars 2001, disponible **[en ligne]** sur http://www.afhj.fr/ressources/verite_hist_jud_deperchin.pdf

- DESBUISSONS Ghislaine, « Maurice Bardèche, écrivain et théoricien fasciste ? », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* n° 1, janvier-mars 1990, tome 37, disponible **[en ligne]** sur http://www.phdn.org/negation/desbuissons90.html#note1

- DESESSARD Laurent, « L'adaptation du droit français au Statut de Rome ou chronique d'une loi annoncée », *R.P.D.P.*, n° 1, janvier-mars 2010, p. 161

- « Application de la loi pénale dans l'espace », *JurisClasseur Pénal Code, Art 113-1 à 113-12*, fascicule 20, décembre 2011

- DESOUS Georges, « Réflexions sur le régime juridique des crimes contre l'humanité », *R.S.C.*, 1984, p. 657

- DEUMIER Pascale, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *R.T.D. civ.*, 2010, p. 504

- DEVERS Gilles, « Crimes contre l'humanité, crimes de guerre : les définitions de la CPI », disponible **[en ligne]** sur http://lesactualitesdudroit.20minutes-blogs.fr/archive/2013/02/01/crime-contre-l-humanite-crime-de-guerre-les-definitions-de-l.html

- DONNEDIEU DE VABRES Henri, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *R.C.A.D.I.*, 1947, tome 70, p. 481

- « La loi du 15 septembre 1948 sur la répression des crimes de guerre : l'inconciliabilité avec les règles impératives du jugement de Nuremberg, des présomptions d'appartenance à une organisation criminelle et de la culpabilité objective et collective », *Dalloz*, 1950, Jurisprudence, p. 521

- « La loi du 15 septembre 1948 sur la répression des crimes de guerre : le problème de sa légitimité au regard des accords internationaux, du jugement de Nuremberg et de la constitution française », Dalloz, 1950, Jurisprudence, p. 701

- DRAY-BENSOUSSAN Renée, « La Shoah et l'institutionnalisation du devoir de mémoire », *Controverses* n° 2, juin 2006, p. 67

- DUFRESNE Martin, « La politique d'intervention pénale auprès des mineurs, entre discours juridique, scientifique et économique », *Champ pénal*, Séminaire Innovations Pénales, septembre 2007, disponible **[en ligne]** sur http://champpenal.revues.org/2012#quotation
- EGEA Pierre, « Lois mémorielles, fin de partie », *Dalloz*, 2013, p. 805
- ELCHARDUS Jean-Marc et D'HAUTEVILLE Anne, « Conclusion : De la nécessité d'une définition du crime contre l'humanité – Dialogue juridique et clinique », in COLIN Marcel (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, Éditions Erès, Collection Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1996, p. 265
- ERRAMUZPE Geneviève, « Communication », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 219

  - « Izieu : informations complémentaires », Ibidem, p. 265
- FELDMAN Jean-Philippe, « Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah ? De l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 », *R.D.I.D.C.*, 1998, p. 229

  - « Les éléments constitutifs du délit de contestation de crime contre l'humanité », *Dalloz*, 1998, p. 50.

  - « Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17ème chambre du Tribunal de grande instance de Paris (sur trois jugements du 27 février 1998) », *Dalloz*, 1999, p. 11
- FERCOT Céline, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regard sur le droit français », *R.F.D.C.*, 2007, p. 639
- FERRAND Frédérique, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *R.I.D.C.* n° 3, 1995, vol. 47, p. 691
- FERRY Luc, « Préface », in *Devant l'histoire – Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, traduit de l'allemand par VERGNE-CAIN Brigitte et al., Éditions du Cerf, Collection Passages, 1988, p. VII
- FIERENS Jacques, « La non-définition du crime contre l'humanité », *La Revue Nouvelle* n° 3, 2000, p. 36
- FINKIELKRAUT Alain, « La nouvelle immortalité, in HOUZIAUX Alain (sous la dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Éditions de l'Atelier, Collection Questions de vie, 2006, p. 105
- FLAUSS Jean-François, « L'abus de droit dans le cadre de la CEDH », *R.U.D.H.*, 1992, p. 461

  - « La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in ZOLLER Elisabeth (sous la dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2008, p. 97
- FORTIS Elisabeth, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », *Archives de politique criminelle* n° 28, 2006/1, p. 41

- FOURÇANS Claire, « Les violences sexuelles faites aux femmes pendant les conflits armés et la réponse des juridictions pénales internationales », Séminaire « Femmes et conflits » organisé à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne de Paris, 29 avril 2008, disponible **[en ligne]** sur http://www.viol-tactique-de-guerre.org/IMG/pdf/_Claire_Fourcans_1_.pdf
- FRAISSEIX Patrick, « Le droit mémoriel », *R.F.D.C.*, 2006, p. 483
- FRANCILLON Jacques, « Délits de presse. Contestation de l'existence de crimes contre l'humanité », *R.S.C.*, 2010, p. 170

  - « Pénalisation de la contestation de l'existence d'un génocide reconnu par la loi », *R.S.C.*, 2012, p. 179
- FRANCK Robert, « Bilan d'une enquête », in *La mémoire des Français. Quarante ans de commémorations de la Seconde Guerre mondiale*, Éditions du C.N.R.S., 1986, p. 371

  - « La mémoire et l'histoire », disponible **[en ligne]** sur http://www.ihtp.cnrs..fr/spip.php%3Farticle233&lang=fr.html
- FRANGI Marc, « Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005, p. 241
- FREI Norbert, « Le retour du droit en Allemagne. La justice et l'histoire contemporaine après l'Holocauste – Un bilan provisoire », traduit de l'allemand par VON WROBLESKY Vincent, in BRAYARD Florent (sous la dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire – 1943-2000*, Bruxelles, Éditions Complexe, Collection Histoire du Temps Présent, 2000, p. 57
- FRESCO Nadine, « Les redresseurs de morts. Chambres à gaz : la bonne nouvelle. Comment on révise l'histoire », *Les Temps Modernes* n° 297, juin 1980, disponible **[en ligne]** sur http://www.anti-rev.org/textes/Fresco80a/
- FROUVILLE (DE) Olivier, « Lutte contre l'impunité : le temps des questions. Un entretien avec Louis Joinet, avocat général à la Cour de cassation », *Droits fondamentaux* n°1, juillet-décembre 2001, disponible [**en ligne**] sur www.droits-fondamnetaux.org /spip.php?article31
- GABEL Markus, « Revendications des expulsés et réparations de guerre », *Le Courrier des pays de l'Est* n° 1049, 2005/3, p. 30
- GARCIA Patrick, « Politiques mémorielles en Europe : premiers jalons d'une enquête en cours », 11 mai 2006, disponible **[en ligne]** sur http://lodel.imageson.org/dakirat/document.html?id=144

  - « Vers une politique mémorielle européenne ? L'évolution du statut de l'histoire dans le discours du Conseil de l'Europe », in FRANCK Robert et al. (sous la dir.), *Building a European Public Sphere – Un espace public européen en construction*, Bern, Peter Lang, 2011, p. 179
- GARIBIAN Sévane, « Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept de crime contre l'humanité dans les discours des juges de Nuremberg », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation,* Actes du colloque de la Faculté de droit de l'Université de Genève, 16-17 mars 2001, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2002, p. 29

- GENSBURGER Sarah, « Les figures du juste et du résistant et l'évolution de la mémoire historique française de l'Occupation », *Revue française de science politique*, 2002/2, p. 291
- GENSBURGER Sarah et LAVABRE Marie-Claire, « D'une mémoire européenne à l'européanisation de la mémoire », *Politique européenne* n° 37, 2012/2, p. 9
- GINESTET Catherine, « Procédure de contumace et procès équitable », *Droit pénal*, novembre 2001, p. 4
- GINIEWSKI Paul, « Allemagne et Israël. Le traité de réparations israélo-allemand du 10 septembre 1952 », *Politique étrangère* n °2, 1954, p. 211
- GLASER Stefan, « La protection internationale des prisonniers de guerre et la responsabilité pour les crimes de guerre », *R.D.P.C.*, 1951, p. 897

  - « La convention de Genève et les criminels de guerre », *R.D.P.C.*, 1952, p. 517
- GODET Fabienne, « Les politiques d'action publique », in *La lutte contre le négationnisme : bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, Actes du colloque du 5 juillet 2002, organisé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Éditions La Documentation française, 2003, p. 61
- GOZZI Marie-Hélène, « Refus d'informer pour les crimes contre l'humanité commis en Algérie entre 1955 et 1957 », *Dalloz*, 2004, p. 312
- GONNARD Jean-Marie, « Presse – Provocation aux crimes et aux délits », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, fascicule 70, mars 1998
- GRAND Rémi, « Première loi mémorielle devant le Conseil constitutionnel, première censure », *A.J.D.A*, 2012, p. 411
- GRAVEN Jean, « Les crimes contre l'humanité », *R.C.A.D.I.*, 1950, vol. 1, p. 427

  - « Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription ? », *R.P.S.*, 1965, p. 113
- GRAVIER Bruno, « Une actualité toujours cruciale », in COLIN Marcel (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, Éditions Erès, Collection Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1996, p. 9
- GROH Thomas, « Le rôle des juridictions nationales pour l'application effective du droit international – Réflexions sur l'importance des droits individuels pour le principe de *Völkerrechtsfreundlichkeit* », in LAGRANGE Evelyne, HAMANN André et SOREL Jean-Marc (sous la dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, vol. 29, 2012, p. 149
- GROUD Hervé, « Tourisme mémoriel : réflexions sur quelques modes de gestion », *Revue tourisme et Droit* n° 114, novembre 2009, p. 29
- GRYNBERG Anne, « Une mémoire saturée ? », *Les Cahiers de la Shoah*, 2002/1, n° 6, p. 123
- GRYNFOGEL Catherine, « Crimes contre l'humanité », *JurisClasseur Pénal Code, Art 211-1 à 213-5*, fascicule 20, août 2010

- GUIDICELLI André, « Le principe de la légalité en droit pénal français – Aspects légistiques et jurisprudentiels », *R.S.C.*, 2007, p. 509
- HAARSCHER Guy, « Le blasphémateur et le raciste », *R.T.D.H.*, 1995, p. 417
- HALBWACHS Maurice, « Conscience individuelle et esprit collectif », *American journal of Sociology* n° 44, 1939, p. 812
- HARTMANN Maurice, « La coopération avec la Cour pénale internationale, Etude comparative des régimes de coopération allemand et français », disponible [**en ligne**] sur http://m2bde.u-paris10.fr/content/la-coop%C3%A9ration-avec-la-cour-p%C3%A9nale-internationale-etude-comparative-des-r%C3%A9gimes-de-coop%C3%A9rati
- HAUSSLING Josef M., « Le jugement par défaut en République Fédérale d'Allemagne », exposé de la conférence-débat du Comité d'action pour le respect des droits de la défense devant le *Bundestag*, 19 février 1979, *Archives de politique criminelle* n° 4, 1980, p. 149
- HERZOG Jacques-Bernard, « Etudes des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité », *R.S.C.*, 1965, p. 337
- HERZOG Félix, « La ballade d'un vieil habit rapiécé. Sur l'histoire de la réforme du droit pénal allemand », *Déviance et société* n° 3, vol. 8, 1984, p. 233
- HOCHMANN Thomas, « Les limites à la liberté de l' « historien » en France et en Allemagne », *Droit et société* n° 69-70, 2008/2, p. 527

  - « Faurisson, « falsificateur de la jurisprudence » ? », *Droit et cultures* n° 61, janvier 2011, p. 235
- HOUZIAUX Alain, « Le péché originel, Freud et le devoir de mémoire », in HOUZIAUX Alain (sous la dir.), *La mémoire, pour quoi faire ?*, Éditions de l'Atelier, Collection Questions de vie, 2006, p. 37
- HUBRECHT Georges, « Le statut d'occupation de l'Allemagne occidentale », *R.I.D.C.* n° 4, octobre-décembre 1949, vol. 1, p. 418
- HÜBNER-FUNK Sibylle et POIRIER Jean-François, « L'Allemagne et le passé nazi », *Communications* n° 59, 1994, p. 211
- HUET André et KOERING-JOULIN Renée, « Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française. – Infractions commises à l'étranger », *JurisClasseur Procédure pénale*, fascicule 30, mars 2013
- HUGUENEY Louis, « Chronique de droit pénal militaire », *R.S.C.*, 1955, p. 347
- HUSSON Edouard, « Les historiens et la mémoire du passé nazi en République Fédérale d'Allemagne », *Matériaux pour l'histoire de notre temps* n° 68, 2002, p. 14
- IGGERS Georg G., « L'histoire sociale et l'historiographie est-Allemande des années 1980 », *Vingtième siècle – Revue d'histoire* n° 34, avril-juin 1992, p. 5
- JAKUBOWICZ Antoine, « La défense et le rôle des parties civiles dans les « grands » procès », *A.J. pénal*, 2006, p. 111

- JEAN Jean-Paul, « Repères », in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 12

  - compte-rendu de la conférence « L'Etat, les crimes, la mémoire, à travers les procès d'après-guerre », Limoges, 22 novembre 2004

  - « Crimes contre l'humanité : les décisions des juridictions françaises », in TRUCHE Pierre (sous la dir.), *Juger les crimes contre l'humanité – Vingt ans après le procès Barbie,* Actes du colloque des 10-11-12 octobre 2007 organisé par l'E.N.S. Lettres et sciences humaines, Éditions de l'E.N.S., 2009, p. 75

  - « La mémoire du crime dans les deux lois de déclaration relatives au génocide arménien et à l'esclavage », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 175

- JEAN Jean-Paul et SALAS Denis, « Prologue », in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 8

- JEANNENET Jean-Nöel, « Peut-on juger sans anachronisme », in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 71

- JOINET Louis, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », in *La mémoire et l'oubli – Communications* n° 49, 1989, p. 213

- JOUVE Edmond, « L'Europe de l'Atlantique à l'Oural », *Le Général de Gaulle et l'Europe – Espoir, Revue de l'institut Charles de Gaulle* n° 18, Plon, 1977, p. 14

- JULIE Daniel, « Guerre d'Algérie : pas de crimes contre l'humanité », *Dalloz*, 2004, p. 92

- JUROVICS Yann et HUSSON Laetitia, « Crimes de guerre », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, fascicule 20, janvier 2004

- KALISKY Aurélia, « « Les innombrables morts sont notre affaire à tous » : la mémoire de la Shoah en France, entre devoir et politique », in *Des crimes contre l'humanité en République française (1990-2002)*, textes réunis par Catherine COQUIO et Carol GUILLAUME, Éditions L'Harmattan, 2006, contribution disponible **[en ligne]** sur http://aircrigeweb.free.fr/ressources/shoah/Shoah_Kalisky_crimes.html

- KAUFFER Rémi, « Cheminots, mineurs, métallos... : Les grèves insurrectionnelles de 1947 », *Historia* n° 733, janvier 2008, p. 32

- KEMP Anthony, « Poursuite des criminels de guerre dans la zone britannique », traduit de l'anglais par ROSENZWEIG Judith, in WIEVIORKA Annette, *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 227

- KENSEY Annie et OUSS Aurélie, « Mesure des effets d'une nouvelle politique pénale : la suppression de la grâce collective », *Champ pénal*, 2011, disponible **[en ligne]** sur http://champpenal.revues.org/8030

- KERVICHE Erwann, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », *R.D.P.*, 2009, p. 1051
- KEUBOU Philippe, « Adaptation des législations internes aux exigences de la Convention de Rome – Étude comparative du Cameroun et de quelques pays européens », *R.S.C.*, 2004, p. 843
- KHERAD Rahim, « La compétence de la Cour pénale internationale », *Dalloz*, 2000, p. 587
- KOCKA Jürgen, « La réunification et la recherche historique allemande », *Vingtième Siècle – Revue d'histoire* n° 34, avril-juin 1992, p. 32
- KORMAN Charles, « La répression des discours racistes en France », *R.T.D.H.*, 2001, p. 385
- KOTT Sandrine, « La R.D.A. dans la recherche historique allemande. De la « Seconde dictature » à l'histoire politique du quotidien », *Matériaux pour l'histoire de la notre temps* n° 68, 2002, p. 24
- LABADI Adel, « Commentaire de l'article de M. Palombino sur l'efficacité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre juridique francais et allemand », disponible **[en ligne]** sur http://m2bde.u-paris10.fr/content/commentaire-de-larticle-de-m-palombino-sur-l-efficacit%C3%A9-des-arr%C3%AAts-de-la-cour-europ%C3%A9enne-des
- LAFFITTE Michel, « La rafle du Vélodrome d'hiver, 16-17 juillet 1942 – Les suites judiciaires », disponible **[en ligne]** sur http://www.massviolence.org/La-rafle-du-Velodrome-d-hiver-16-17-juillet-1942?id_mot=45&artpage=10#outil_sommaire_5
- LAGERWALL Anne, « Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes ? », *Annuaire français de droit international*, 2009, vol. 55, p. 742
- LALIEU Olivier, « L'invention du devoir de mémoire », *Vingtième siècle – Revue d'histoire* n° 69, janvier-mars 2001, p. 83
- LALOUM Jean, « La restitution des biens spoliés », *Les Cahiers de la Shoah* n° 6, 2002/1, p. 13
- LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth et MARTIN-CHENUT Kathia, « La remise en cause du régime de la prescription par les crimes internationaux : perspectives comparées et internationales », *A.J. pénal*, 2006, p. 297
- LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth, « La répression du crime international d'agression : la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ? », *R.S.C.*, 2008, p. 184
- LAMY (DE) Bertrand, « QPC : refus de transmission », *R.S.C.*, 2011, p. 178

  - « Révisionnisme », *JurisClasseur Communication*, fascicule 3160, janvier 2014
- LANIOL Vincent, « Ferdinand Larnaude, un « délégué technique » à la conférence de la Paix de 1919 entre expertise et culture de guerre », *Relations internationales* n° 149, janvier-mars 2012, p. 43
- LAQUIEZE Alain, « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* n° 31, octobre 2000, p. 19
- LARNAUDE Ferdinand, GEOUFFRE DE LAPRADELLE Albert et GARÇON Maurice, « Examen de la responsabilité pénale de l'empereur Guillaume II d'Allemagne », *J.D.I. Clunet*, 1919, vol. 46, p. 131

- LAVABRE Marie-Claire, « Pour une sociologie de la mémoire collective », **[en ligne]**. Disponible sur http://www.cnrs.fr/cw/fr/pres/compress/memoire/lavabre.htm

  - « Usages et mésusages de la notion de mémoire », *Revue critique internationale* n° 7, avril 2000, p. 48

- LAVRIC Sabrina, « Loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi : censure du Conseil constitutionnel », *Dalloz actualité*, 1er mars 2012

- LAZERGES Christine, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *R.S.C.*, 2004, p. 194

  - « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré du vent », *R.S.C.*, 2009, p. 689

- LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, « Eléments de la cohérence de la procédure pénale allemande – L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », in *La procédure pénale en quête de cohérence,* sous l'égide de la Cour de cassation, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2007, p. 241

- LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, MATHIAS Eric, PIN Xavier et WALTHER Julien, « Chronique de droit pénal allemand », *R.I.D.P.*, 2002/3, vol. 73, p. 1229

- LECLERC Arnault, « Mémoires et politiques de la reconnaissance », in MICHEL Johann (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance,* Rennes, Éditions Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 247

- LE COUSTUMER Jean-Christophe, « La grâce », in RUIZ FABRI Helène, DELLA MORTE Gabriele, LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, MARTIN-CHENUT Kathia (sous la dir.), *La clémence saisie par le droit*, Éditions Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, 2007, p. 243

- LELIEUR Juliette, « Le crime de génocide en Allemagne », in DELMAS-MARTY Mireille, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Tome VII – Les processus d'internationalisation, Éditions de la M.S.H., 2001, p. 227

  - « L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal ? », *R.S.C.*, 2004, p. 31

- LELIEUR Juliette et SAAS Claire, « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *R.S.C.*, 2009, p. 639

  - « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *R.S.C.*, 2011, p. 690

- LEMASSON Aurélien-Thibault, « Le crime contre la paix ou crime d'agression », *R.S.C.*, 2006, p. 275

  - « Justice internationale (institutions) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, juin 2012

- LEVY Claude, « La résistance juive en France. De l'enjeu de mémoire à l'histoire critique », *Vingtième siècle – Revue d'Histoire* n° 22, avril-juin 1989, p. 117

- LEVINET Michel, « La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme au négationnisme. Observations sur la décision du 24 juin 2003 Garaudy c. France », *R.T.D.H.*, 2004, p. 653
- LIBCHABER Rémy, « L'Histoire aux prises avec le droit », *R.T.D. civ.*, 1999, p. 245
- LOBBA Paola, « Quelques remarques sur la décision-cadre 2008/913/JAI de l'UE relative au racisme et à la xénophobie », dossier « Criminaliser le négationnisme au-delà de l'Holocauste », 29 janvier 2013, disponible **[en ligne]** sur http://www.lph-asso.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=184%3Acriminaliser-le-negationnisme-au-dela-de-lholocauste&catid=53%3Aactualites&Itemid=170&lang=fr7
- LOMBOIS Claude, « Une crime international en droit positif français – L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'humanité », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Éditions Cujas, 1989, p. 367

  - « De la compassion territoriale », *R.S.C.*, 1995, p. 399
- LÜDER Sascha Rolf, « La répression des violations du droit international humanitaire dans la législation allemande », in *Répression nationale des violations du droit international humanitaire (systèmes romano-germaniques),* Rapport de la réunion d'experts du 23-25 septembre 1997, Genève, Éditions C.I.C.R., 1998, p. 227
- MACAYA Ariana, « Un passé qui ne passe pas : les enjeux juridiques de la « mémoire historique » en France et en Espagne », *Jurisdoctoria* n° 3, 2009, p. 65
- MAIER Charles S., « Mémoire chaude, mémoire froide – Mémoire du fascisme, mémoire du communisme », *Le Débat – Histoire, politique, société* n° 122, 2002/5, p. 109
- MALABAT Valérie, « Les infractions inutiles – Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in MALABAT Valérie, LAMY (DE) Bertrand et GIACOPELLI Muriel (sous la dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Éditions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2009, p. 71
- MALEZIEUX Raymond, « Le statut international des criminels de guerre », *R.G.D.I.P.*, 1945, tome 49, p. 167
- MANACORDA Stefano, « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », *R.S.C.*, 2003, p. 501
- MANCERON Gilles, « Mémoire et guerre d'Algérie », *Revue des Droits de l'Homme* n° 2, décembre 2012, disponible **[en ligne]** sur http://revdh.files.wordpress.com/2012/11/dossier-3-mc3a9moire-et-guerre-d_algc3a9rieok1.pdf
- MARHOLD Hartmut, « Le traité de l'Élysée, d'un point de vue européen », *L'Europe en formation* n° 366, 2012/4, p. 17

- MARRUS Michael R., « L'histoire et l'Holocauste devant le prétoire », in BRAYARD Florent (sous la dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire – 1943-2000*, Bruxelles, Éditions Complexe, Collection Histoire du Temps Présent, 2000, p. 25
- MARTIN Jean-Clément, « La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens », *Droit et Société* n° 38, 1998, p. 13
- MARTIN Pierre-Marie, « Le crime de génocide : quelques paradoxes », *Dalloz*, 2000, p. 477
- MASSE Michel, « Du procès de Nuremberg à celui de P. Touvier, en passant par l'affaire Barbie », *R.S.C.*, 1989, p. 793

  - « Bilan d'une décennie : le crime contre l'humanité à la croisée des chemins », *R.S.C.*, 1991, p. 398

  - « L'affaire Touvier, l'échappée belle », *R.S.C.*, 1993, p. 372

  - « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal », *R.S.C.*, 1994, p. 376

  - « L'évolution de la notion de crimes contre l'humanité », in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 122

  - « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », in *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit – Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, p. 719

  - « Actualité de la compétence universelle », Chronique de Droit pénal international, *R.S.C.*, 2008, p. 440

  - « 25 août 1944 : Libération de Paris et massacre de Maillé en Touraine », Chronique de Droit pénal international, *R.S.C.*, 2008, p. 988
- MASSIAS Florence, « Faut-il pénaliser le racisme ? », *R.T.D.H.* n° 46, avril 2001, p. 601
- MATHIAS Eric, « Le droit criminel dans la science juridique française », in BEAUD Olivier et HEYEN Erk Volkmar (sous la dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen – Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, p. 303
- MATHIEU Bertrand, « Les lois mémorielles ou la violation de la Constitution par consensus », Dalloz, *2006*, p. 3001
- MAURO Cristina, « Le défaut criminel – Réflexions à propos du droit français et du droit comparé », *R.S.C.*, 2006, p. 35
- MAYAUD Yves, « *Ratio legis* et incrimination », *R.S.C.*, 1983, p. 597
- MAZEAUD Pierre, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *J.C.P. éd. G*, 2005, actualité n° 70
- MEMETEAU Gérard, « Nuremberg : Mythe ou réalité ? », *Droit prospectif – Revue de la Recherche Juridique* n° 3, 1999, p. 605

- MERLIO Gilbert, « Le débat autour de *Das Amt* - Suites et fin des querelles d'historiens en Allemagne ? », *Le Débat – Histoire, politique, société* n° 168, janvier-février 2012, p. 91
- MEURISSE R., « La cristallisation des qualifications et des peines et la loi d'amnistie », *R.S.C.*, 1950, p. 667
- MIARD-DELACROIX Hélène, « Amnésie, amnistie, mémoire : la jeune République Fédérale d'Allemagne des années cinquante face au passé nazi », in MARGOTTON Jean-Charles et PERENNEC Marie-Hélène (sous la dir.), *La mémoire*, Lyon, Éditions Presses universitaires de Lyon, 2003, p. 169
- MICHEL Johann, « Définition et premières distinctions de la mémoire », in MICHEL Johann (sous la dir.), *Mémoires et histoires. Des identités personnelles aux politiques de reconnaissance,* Rennes, Éditions Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 9

  - « Esquisse d'une socio-phénoménologie historique de la mémoire », Ibidem, p. 85

  - « Regards croisés sur les rapports Kaspi et Accoyer », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 199
- MILHAT Cédric, « La représentation juridique de la mémoire. L'exemple français », *Revue Juridique Thémis* n° 1, 2009, vol. 43, p. 51
- MOISEL Claudia, « Les procès pour crimes de guerre allemands en France après la Seconde Guerre mondiale », *Bulletin de l'Institut d'histoire du temps présent* n° 80, 2002, p. 90, disponible **[en ligne]** sur http://www.ihtp.cnrs.fr/spip.php%3Farticle353&lang=fr.html
- MOLFESSIS Nicolas, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs* n° 137, 2011, p. 83
- MONTALIVET (DE) Pierre, « La question prioritaire de constitutionnalité. Etendue et limites d'un nouveau droit », *Dr. adm.* n° 3, mars 2010, étude n° 6

  - « QPC sur la loi incriminant le négationnisme », *Nouv. Cah. cons. const.*, 2010, p. 256
- MORETEAU Olivier, « Conclusions générales », in BOIS DE GAUDUSSON (DU) Jean (sous la dir.), *Le devenir du droit comparé en France*, Actes de la Journée d'études organisée par le Groupement de droit comparé, Université Lyon III, 23 juin 2004, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 217
- MOUNIER Emmanuel, « Y'a-t-il une justice politique ? », *Esprit* n° 8, 1947, p. 212
- MOURALIS Georges, « Le procès Papon. Justice et temporalité », *Terrain* n° 38, 2002, disponible **[en ligne]** sur http://terrain.revues.org/9953
- MÜLLER Ingo, « Comment les Allemands ont-ils jugé les crimes du nazisme », in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 122
- NORA Pierre, « Mémoire collective », in LE GOFF Jacques (sous la dir.), *La nouvelle histoire*, Éditions Retz, Collection Les encyclopédies du savoir moderne, 1978, p. 398

  - « Pour une histoire au second degré », *Le Débat* n° 122, 2001, p. 24

- PATIN Maurice, « Chronique de jurisprudence sur l'application de l'ordonnance du 28 août 1944 », *R.S.C.*, 1951, p. 351
- PAZARTZIS Photini, « Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale ? », *Annuaire français de droit international*, 2003, vol. 49, p. 641
- PECH Thierry, « Les mots des générations », *Alternatives Economiques*, Hors-série n° 85 – Générations, avril 2010, disponible **[en ligne]** sur www.alternatives-economiques.fr/les-mots-des-generations_fr_art_923_49096.html
- PENDAS Devin O., « Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était », in BRAYARD Florent (sous la dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire – 1943-2000*, Bruxelles, Éditions Complexe, Collection Histoire du Temps Présent, 2000, p. 79
- PHILIP-GAY Mathilde, « La grâce en droit international », in RUIZ FABRI Helène, DELLA MORTE Gabriele, LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, MARTIN-CHENUT Kathia (sous la dir.), *La clémence saisie par le droit*, Éditions Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, 2007, p. 79
- PHILIPPE Xavier et DEMAREST Anne, « Remarques critiques relatives au projet de loi « portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale » : la réalité française de la lutte contre l'impunité », *R.F.D.C.* n° 81, janvier 2010, p. 41
- PLAS Pascal, « Oradour-sur-Glane, informations complémentaires », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 251
- POIROT-DELPECH Bertrand, « Témoignage de Bertrand Poirot-Delpech », in in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 35
- POISSONNIER Ghislain, « Mise en œuvre par la France du Statut de la Cour pénale internationale : la compétence extraterritoriale menacée », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 2095

  - « Cour pénale internationale : la France refuse de respecter l'ensemble de ses engagements internationaux », *Gaz. Pal.*, 2010, p. 2728
- POMIAN Krzysztof, « De l'histoire, partie de la mémoire, à la mémoire, objet de l'histoire », *Revue de métaphysique et de morale*, 1998/1, p. 63
- PONCELA Pierrette, « L'humanité, une victime peu présentable (à propos de deux arrêts inédits de la Chambre criminelle) », *Dalloz*, 1991, p. 229

  - « Les grâces collectives à la recherche d'une identité », *R.S.C.*, 2005, p. 926
- POULY Christophe, « La crise de l'Etat de droit au prisme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Politeïa* n° 5, 2005, p. 187
- POURHIET (LE) Anne-Marie, « Politiquement correct et juridiquement incorrect », *Constitutions*, 2010, p. 366

- PRETOT Xavier, « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », *J.C.P. éd. S*, 26 janvier 2010, étude n° 1023
- PUIG Pascal, « La loi peut-elle sanctuariser l'Histoire ? (à propos de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi et la décision du Conseil constitutionnel du 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC) », *R.T.D. civ.*, 2012, p. 78
- PY Bruno, « Amnistie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, octobre 2003
- RACINE Jean-Baptiste, « L'absence de caractère manifestement illicite de la négation du génocide des Arméniens », *Dalloz*, 2007, p. 851
- RAMBAUD Thierry, « L'amnistie », in RUIZ FABRI Helène, DELLA MORTE Gabriele, LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, MARTIN-CHENUT Kathia (sous la dir.), *La clémence saisie par le droit*, Éditions Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, 2007, p. 227
- REBERIOUX Madeleine, « Le génocide, le juge et l'histoire », *Revue Histoire* n° 138, 1990, p. 92
- REMOND René, « L'histoire et la loi », *Etudes* 2006/6, tome 404, p. 763
- RENAUDIE Virgile, « Le parlement français et la contestation publique des crimes contre l'humanité et du génocide arménien », *Droit Prospectif – Revue de la Recherche Juridique* n° 1, 2007, p. 487
- RENAULD Bernadette, « La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union européenne : du nouveau en matière de lutte contre le racisme ? », *R.T.D.H.*, 2010, p. 119
- RENAUT Marie-Hélène, « Le droit de grâce doit-il disparaître ? », *R.S.C.*, 1996, p. 575
- REVEILLARD Christophe, « Le Générale De Gaulle et la Guerre des Six Jours », in BLED Jean-Paul, *Le Général de Gaulle et le monde arabe*, Beyrouth, Editions Dar An-Nahar, 2009, p. 225
- RIOUX Jean-Pierre, « Le procès d'Oradour », *L'Histoire* n° 64, février 1984, p. 6

  - « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », *Vingtième siècle – Revue d'histoire* n° 73, janvier-mars 2002, p. 157

  - « Cette immense joie pleine de larmes : les Français et le « Jour V » », in VAÏSSE Maurice (sous la dir.), *8 mai 1945 : la victoire en Europe*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2005, p. 163
- ROBERT Jacques-Henri, « Apologies et provocations de crimes et délits », *JurisClasseur Communication*, fascicule 3170, juillet 2010
- ROETS Damien, « Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme », *Dalloz*, 2004, p. 239

  - « De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la… sûreté (CEDH, 5e section, 17 décembre 2009, M. c. Allemagne) », *R.S.C.*, 2010, p. 226
- ROLLAND Patrice, « Du délit d'opinion dans la démocratie française », in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Éditions Bruylant, p. 645

- ROME Félix, « Toute loi « mémorielle » est-elle un mal en soi ? », *Dalloz*, 2012, p. 601
- ROTH Robert et JEANNERET Yvan, « Droit allemand », in DELMAS-MARTY Mireille et CASSESE Antonio (sous la dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 1ère édition, Éditions P.U.F., 2002, p. 7
- ROULOT Jean-François, « Un Etat peut-il amnistier des actes constitutifs de crimes internationaux ? », *J.C.P. éd. G*, 2001, II, 10559
- ROUSSO Henry, « L'épuration en France : une histoire inachevée », *Vingtième Siècle – Revue d'histoire* n° 33, janvier-mars 1992, p. 81

  - « Une justice impossible. L'épuration et la politique antijuive de Vichy », *Annales – Economies, Sociétés, Civilisations* n° 3, 1993, p. 745

  - « Génocide : quelle place dans la mémoire ? », *L'Histoire* n° 222, 1998, p. 84

  - « Papon : Leçons d'un procès », *L'Histoire* n° 222, 1998, p. 76

  - « L'expertise des historiens dans les procès pour crimes contre l'humanité », in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 58

  - « Le négationnisme est une parole de haine », *L'Histoire* n° 294, 2005, p. 58
- ROUX Jérôme, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi », *Dalloz*, 2012, p. 987
- ROVAN Joseph, « Introduction – Le débat sur l'histoire allemande », in *Devant l'histoire – Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, traduit de l'allemand par VERGNE-CAIN Brigitte et al., Éditions du Cerf, Collection Passages, 1988, p. XVII
- ROYER Guillaume, « L'invitation à une discussion historique ne caractérise pas le délit de négationnisme », *AJ Pénal*, 2009, p. 409
- RUDOLF Béate, « Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes », *R.T.D.H.*, 2001, p. 277
- RUIZ-FABRI Hélène, « Introduction générale », in RUIZ FABRI Helène, DELLA MORTE Gabriele, LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth, MARTIN-CHENUT Kathia (sous la dir.), *La clémence saisie par le droit*, Éditions Société de législation comparée, Collection de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, 2007, p. 15
- SAAS Claire, « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome, *A.J. Pénal*, 2007, p. 260
- SAAS Claire et TRAUTMAN Sebastian, Actualités du droit pénal allemand, *R.S.C.*, 2007, p. 181
- SALAS Denis, « La justice entre histoire et mémoire », in JEAN Jean-Paul et SALAS Denis (sous la dir.), *Barbie, Touvier, Papon – Des procès pour la mémoire*, Éditions Autrement, Collection Mémoires, 2002, p. 20

  - « Le droit peut-il contribuer au travail de mémoire ? » in *La lutte contre le négationnisme : bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, Actes du colloque du 5 juillet 2002, organisé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Éditions La Documentation française, 2003, p. 36

- « Introduction », in *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, Éditions La Documentation française, Collection Histoire de la Justice n° 18, 2008, p. 6

- « Rapport conclusif », in in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 279

- SCHLÜCHTER Stéphanie, « Le procès de Nuremberg et les autres procès des camps de concentration d'Allemagne de l'ouest », disponible **[en ligne]** sur http://www.phdn.org/archives/www.tacite.ch/doc/Histoire%20%28site%29/Recherches%20academiques/Travaux%20de%20maturite/11Nuremberg.pdf

- SCHNABEL Thomas, « Histoire et tournant – A propos de l'utilisation du passé par les hommes politiques et les journalistes conservateurs », in ERLER Gernot et al., *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, Éditions La Découverte, Collection Cahiers libres, 1988, p. 5

- SIMONIN Anne, « Rendre une justice politique : l'exemple des chambres civiques de la Seine (1945-1951), in *La Justice de l'épuration. A la fin de la Seconde Guerre mondiale*, Éditions La Documentation française, Collection Histoire de la Justice n° 18, 2008, p. 71

- TERNON Yves, « Le procès des médecins – Actualisation », *Revue d'histoire de la Shoah* n° 160, mai-août 1997, p. 10

- « Les médecins nazis », *Les Cahiers de la Shoah* n° 9, 2007, p. 15

- TIEDEMANN Klaus, « La constitutionnalisation de la « matière pénale » en Allemagne », *R.S.C.*, 1994, p. 1

- TOUFFAIT Adolphe, « Crimes de guerre et recherche des crimes de guerre », *Recueil de droit pénal*, 1945, p. 5

- TOUFFAIT Adolphe et HERZOG Jacques-Bernard, « Les conflits entre le droit international pénal et la loi pénale interne dans la répression des crimes de guerre », in *La Chambre Criminelle et sa jurisprudence – Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Éditions Cujas, 1965, p. 695

- TRIGANO Shmuel, « « Abus de mémoire » et « concurrence des victimes » – une dépolitisation des problèmes », *Controverses* n° 2, juin 2006, p. 39

- TROPER Michel, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales Histoire et Sciences Sociales* n° 6, 1999, p. 1239

- TRUCHE Pierre, « La notion de crime contre l'humanité – Bilan et propositions », *Esprit* n° 181, mai 1992, p. 67

- « Le crime contre l'humanité », *Les cahiers de la Shoah* n° 1, 1994, p. 31

- « Les facteurs d'évolution de la notion de crime contre l'humanité », in COLIN Marcel (sous la dir.), *Le crime contre l'humanité*, Éditions Erès, Collection Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe, 1996, p. 31

- « Préface », in DANTI-JUAN Michel (sous la dir.), *La mémoire et le crime*, Actes des journées d'études du 18-19 juin 2010, Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers, vol. 27, Éditions Cujas, 2011, p. 7

- TRUCHE Pierre et BOURETZ Pierre, « Crimes contre l'humanité – Génocide – Crimes de guerre et d'agression », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, novembre 2005

- TUNC René, « La loi du 15 septembre 1948 sur la responsabilité « collective » des crimes de guerre [Affaire d'Ascq et d'Oradour] », *Revue administrative* n° 31, 1953, p. 60

- UEBERSCHÄR Gerd R., « L'historiographie allemande dans l'ombre de Hitler – Présentation de la « querelle des historiens » au sujet des origines et du caractère « comparable » des crimes nazis », in ERLER Gernot et al., *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, Éditions La Découverte, Collection Cahiers libres, 1988, p. 73

- VAÏSSE Maurice (sous la dir.), « Une capitulation sans conditions pour l'Allemagne : 7, 8 et 9 mai 1945, la Paix », Dossier, *Historia spécial – Il y a cinquante ans : la capitulation de l'Allemagne* nº 35, mai-juin 1995, p. 10

- VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *R.T.D.H.*, 2001, p. 541

- VEDEL Georges, « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », in *François Luchaire, un républicain au service de la République – Liber Amicorum*, Publications de la Sorbonne, 2005, p. 37

- VERGES Etienne, « Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale - Une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », *R.S.C.*, 2010, p. 896

- VERON Michel, « Présentation des lois des 12 et 13 juillet 1990 », *Droit pénal*, 1990, p. 1

  - « Que faut-il entendre par « apologie » ? », *Droit pénal* n° 9, septembre 2009, commentaire n° 104

- VITU André, « Le principe de la légalité criminelle et la nécessité de textes clairs et précis », *R.S.C.*, 1991, p. 555

- VOGEL Ruth, « Mémoire, traces et silences : la Shoah en R.F.A. », in MARGOTTON Jean-Charles et PERENNEC Marie-Hélène (sous la dir.), *La mémoire*, Lyon, Éditions Presses universitaires de Lyon, 2003, p. 61

- WACHSMANN Patrick, « Liberté d'expression et négationnisme », *R.T.D.H.*, 2001, p. 585

  - « Liberté d'expression », *JurisClasseur Libertés*, fascicule 800, janvier 2008

- WAHNICH Sophie, « Les normes de la clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime – Une approche historienne », *Archives de politique criminelle* n° 28, 2006/1, p. 95

- WEILL Nicolas et WIEVIORKA Annette, « La construction de la mémoire de la Shoah : les cas français et israélien », *Les cahiers de la Shoah* n° 1, 1994, p. 23

- WIEVIORKA Annette, « Justice, histoire et mémoire. De Nuremberg à Jérusalem », *Droit et société* n° 38, 1998, p. 59

  - « Shoah : les étapes de la mémoire en France », in BLANCHARD Pascal et VEYRAT-MASSON Isabelle (sous la dir.), *Les guerres de mémoire. La France et son histoire*, Éditions La Découverte, 2008, p. 107

  - « Le négationniste et la chambre à gaz », *L'histoire* n° 331, 2008, p. 16

- ZAOUI Michel, « Droit et histoire », *Controverses* n° 2, juin 2006, p. 49

- ZOLLER Elisabeth, « La définition des crimes contre l'humanité », *Journal du Droit International Clunet* n° 3, juillet-août-septembre 1993, p. 549

Voir également :

- « Le C.A.E.M. », *Le Courrier des pays de l'Est* n° 1046, 6/2004, p. 52, disponible **[en ligne]** sur http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=CPE_046_0052

- « Cour pénale internationale : Déclarations constituant des réserves prohibées au Statut de Rome », Amnesty International, novembre 2005, disponible **[en ligne]** sur http://www.amnesty.org/fr/library/asset/IOR40/032/2005/fr/8a00ead8-f790-11dd-8fd7-f57af21896e1/ior400322005fr.pdf

- « France – Compétence universelle. Etat des lieux de la mise en œuvre de la compétence universelle », Rapport du Groupe d'action judiciaire de la FIDH n° 431, 2005, disponible **[en ligne]** sur http://www.fidh.org/IMG/pdf/gaj_compuniverselle2005f.pdf

- « Les lois mémorielles », Dossier de la Documentation française, 23 juin 2006, disponible **[en ligne]** sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000078-loi-et-memoire/les-lois-memorielles

- « Manifeste pour une politique criminelle européenne », European criminal policy initiative, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, décembre 2009, p. 723, disponible **[en ligne]** sur http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_384.pdf

- « 20ème anniversaire de l'accord conclu sur la base de l'article 2 relatif à l'indemnisation des victimes du national-socialisme et 60ème anniversaire de l'Accord de Luxembourg », 2012, disponible **[en ligne]** sur http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/FR/Standardartikel/Themen/Gros_plan_sur_l_Allemagne/Articles/2012-11-14-l-accord-de-luxembourg.html

- « Tourisme de mémoire », Ministère de la Défense, avril 2014, disponible **[en ligne]** sur http://www.defense.gouv.fr/site-memoire-et-patrimoine/memoire/tourisme-de-memoire-et-memoire-partagee/tourisme-de-memoire

En langue étrangère

- BEISEL Daniel, « Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge », *NJW*, 1995, p. 997
- BASSIOUNI Cherif, « Universal Jurisdiction for international crimes : Historical perspectives and contemporary practice », *Virginia Journal of International Law Association*, 2001, p. 945
- BIRNBAUM Johann Michel Franz, « Über das Erfordernis einer Rechtsgutverletzung zum Begriffe desVerbrechens », *Archiv des Criminalrechts*, 1834, vol. 15, p. 149
- BROSZAT Martin, « Siegerjustiz oder strafrechtliche « Selbstreinigung ». Aspekte der Vergangenheitsbewältigung der deutschen Justiz währebd der Besatzungszeit 1945-1949 », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1981, p. 477
- BROSZAT Martin et FRIEDLÄNDER Saul, « Um die « Historisierung des Nationalsozialismus » », *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1988, p. 339
- CORIGLIANO Mario Eduardo, « Delitos de peligro. Hacia une definicion politica-criminal y sistematica », 2006, disponible **[en ligne]** sur http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,278,0,0,1,0
- DAHS Hans, « Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 — Ein Produkt des Superwahljahres », *NJW*, 1995, p. 553
- FROMEL Monika, « Taktische Jurisprudenz – die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 une die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute », disponible **[en ligne]** sur http://www.uni-kiel.de/isk/cgi-bin/files/Frommel-Rottleuthner_FS_2011.pdf
- FROMONT Michel, « Die Verfassungsmässigkeitskrontrolle in Deutschland und Frankreich », *Die Öffentliche Verwaltung*, 2003, p. 542
- GEDE Tom, « Universal Jurisdiction : The German Case Against Donald Rumsfeld », chronique Criminal Law and procedure, *Engage*, juin 2007, vol. 8, issue 3, p. 41, disponible **[en ligne]** sur http://www.fed-soc.org/doclib/20080314_CrimGede.pdf
- GROPENGIESSER Helmut, « The criminal law of genocide – The german perspective », *International Criminal Law Review* n° 5, 2005, p. 329
- GÜDE Max, « Die Anwendung des KRG 10 durch die deutschen gerichte », *DRZ*, 1947, p. 111
- HOFMANN Christian, « Die Treblinka-Prozesse », disponible **[en ligne]** sur http://www.zukunft-braucht-erinnerung.de/nachkriegsdeutschland/die-juristische-aufarbeitung-der-ns-verbrechen/573.html
- HUSTER Stefan, « Das Verbot der « Auschwitzlüge », die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht », *NJW*, 1996, p. 887
- JAREBORG Nils, « Criminalization as Last Resort », *Ohio State journal of Criminal Law*, 2004, vol. 2, p. 521
- KOGON Eugen, « Das Recht auf den politischen Irrtum », *Frankfurter Hefte*, 1947, p. 641

- KROKER Patrick, « Universal Jurisdiction in Germany : the Trial of Onesphore R. before the Higher Regional Court of Frankfurt », *German Yearbook of International Law*, 2011, vol. 54, p. 670
- LASIK Aleksander, « Potswar prosecution of the Auschwitz S.S. », in GUTMAN Yisrael et BERENBAUM Michael (sous la dir.), *Anatomy of the Auschwitz Death Camp*, Indianapolis, Indiana University Press, 1994, p. 588
- LÜBBE Hermann, « Der Nationalsozialismus im deutschen Nachkriegsbewusstsein », *Historische Zeitschrift* n° 136, 1983, p. 579
- POLTORAK Arkadi et LEBEDEWA Natalia, « Nürnberg : Geschichte und Gegenwart », *Deutsche Aussenpolitik*, 1971, H. 5, p. 904
- POMORSKI Stanislaw, « Conspiracy and criminal organisation », in GINSBURGS George et KUDRIATSEV V.N., *The Nuremberg trial and International law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 213
- RISSING-VAN SAAN Ruth, « The German Federal Supreme Court and the prosecution of international crimes committed in the former Yugoslavia », *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 381
- ROTTLEUTHNER Hubert, « Hat Dreher gedreht ? Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzbegung und Forschnung », in LERCH Kent D. (sous la dir.), *Die Sprache des Rechts*, Tome 1 – Recht verstehen, Berlin, De Gruyter Verlag, 2004, p. 307
- ROXIN Claus, « Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193
- STEGBAUER Andreas, « Der Straftatbestand gegen die Auschwitzleugnung — eine Zwischenbilanz », *NJW*, 2000, p. 281
- SCHWARTZ Hermann, « Trials in absentia », disponible **[en ligne]** sur http://www.wcl.american.edu/hrbrief/v4i1/schwar41.htm
- STEIN Eric, « History against free speech : the new german law against the Auschwitz – and other – lies », *Michigan Law Review* n° 8, 1986, p. 277
- WERLE Gerhard, « Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht », *Juristenzeitung*, 2000, p. 755
- WILKITZKI Peter, « Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1987, p. 455
- WOLFRUM Rüdiger, « The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts », *Israel Yearbook of Human Rights*, 1994, vol. 24, p. 183
- ZIMMERMANN Andreas, « Main Features of the New German Code Of Crimes against International Law », in NEUNER Matthias (sous la dir.), *National Legislation Incorporating International Crimes – Approaches of Civil and Common Law Countries*, Berlin, Berliner Wissenschafts, 2003, p. 137

Voir également :

- « Great Britain - Soviet Union - United States : Tripartite Conference in Moscow. Anglo-Soviet-American Communiqué, November 1, 1943 », *The American Journal of International Law* n° 1, vol. 38, supplement Official Document, janvier 1944, p. 3
- « The justice trial – United States of America v. Alstötter et al. », disponible **[en ligne]** sur http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/Alstoetter.htm
- « The Subsequent Nuremberg Trials : an overview », disponible **[en ligne]** sur http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/subsequenttrials.html
- « Introduction to NMT Case 2 – U.S.A. v. Erhard Milch », 2003, disponible **[en ligne]** sur http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=milch
- « Introduction to NMT Case 4 – U.S.A. v. Pohl et al. », 2003, disponible **[en ligne]** sur http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=pohl
- « The Sobibor Trial », 2007, disponible **[en ligne]** sur http://www.holocaustresearchproject.org/trials/sobibortrial.html
- « The Treblinka Death Camp Trials », 2007, disponible **[en ligne]** sur http://www.holocaustresearchproject.org/trials/treblinkatrial.html
- « The Pohl Case », 2008, disponible **[en ligne]** sur http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/pohl.asp
- « Verurteilung wegen Beihilfe zum Völkermord in Rwanda », disponible **[en ligne]** sur http://www.juris.de/jportal/portal/t/1tkj/page/homerl.psml?nid=jnachr-JUNA140200508&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp

PRESSE ET MEDIAS

En langue française

- « Le Chagrin et la Pitié – Revue de presse », *Téléciné*, n° spécial 171-172, juillet 1971
- « Déclaration d'historiens », *Le Monde*, 21 février 1979
- « Un arrêt de la Cour de cassation sur l'affaire Faurisson », *Le Monde*, 30 juin 1983
- « Liberté pour l'histoire », *Libération*, 13 décembre 2005
- « Appel de 56 juristes à l'abrogation des « lois mémorielles », Dépêche A.F.P., 21 novembre 2006

- « Les grands événements de 1968 dans le monde », *La Dépêche*, 18 avril 2008
- « Dossier 68 : Carte : dans le monde, 1968-1969 : années héroïques », *Alternatives libertaires*, 26 avril 2008, disponible **[en ligne]** sur http://www.alternativelibertaire.org/?Dossier-68-Carte-dans-le-monde
- « Négationnisme : la condamnation de l'évêque Williamson annulée en Allemagne », *Le Point*, 22 février 2012
- « Béate Klarsfeld, chasseuse de nazis, 75 ans, et un engagement intact », *Le Nouvel Observateur*, 11 février 2014, disponible **[en ligne]** sur http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20140211.AFP9820/beate-klarsfeld-chasseuse-de-nazis-75-ans-et-un-engagement-intact.html
- « Victoire : le gouvernement allemand va verser de l'argent aux 40.000 survivants de la Shoah qui ont travaillé dans des ghettos », 11 juin 2014, disponible **[en ligne]** sur http://alyaexpress-news.com/2014/06/victoire-le-gouvernement-allemand-va-verser-de-largent-aux-40-000-survivants-de-la-shoah-qui-ont-travaille-dans-des-ghettos/
- A.V., « Allemagne, un justicier contre le temps », dossier « Sur la piste des derniers nazis », *L'Express*, 23 octobre 2008, p. 34
- BELLANGER Jean-Luc, « Ludwigsburg, ville symbole », *Le Patriote Résistant – Bulletin intérieur de la Fédération nationale des Déportés et Internés résistants et patriotes*, octobre 2009, p. 8

  - « Les autres procès de Nuremberg », *Le Patriote résistant– Bulletin intérieur de la Fédération nationale des Déportés et Internés résistants et patriotes*, janvier 2014, p. 9
- BERNARD Philippe, « Communautarisme et cloisonnement des mémoires », *Le Monde*, 23 juin 2004

  - « Entretien avec Annette Viewiorka, historienne », *Le Monde*, 26 janvier 2005
- BONNET François et WEILL Nicolas, « Entretien avec Pierre Vidal-Naquet », *Le Monde*, 4 mai 1996
- CHASLOT Philippe, « 50% de la population juive française a été déportée », *Lyon Capitale*, 15 juin 2007, disponible **[en ligne]** sur www.lyoncapitale.fr/Journal/Lyon/Actualite/Divers/50-de-la-population-juive-francaise-a-ete-deportee
- CARCASSONNE Guy et MOLFESSIS Nicolas, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010
- FAURISSON Robert, « Lettre à L'Express », *Le Matin de Paris*, 1er novembre 1978, texte intégral disponible **[en ligne]** sur http://robertfaurisson.blogspot.fr/1978_11_01_archive.html

  - « Le problème des chambres à gaz, ou la rumeur d'Auschwitz », *Le Monde*, 29 décembre 1978
- HERTZ Henri, « Le procès Pétain, les Juifs à la barre », *La Terre Retrouvée*, 25 août 1945
- LAGIER Franck, « Oradour : enquête sur les lieux du crime », *Le Populaire du Centre*, 30 janvier 2013
- LEVY-WILLARD Annette, « Une haine antisémite qu'on finit presque par tolérer dans la société », *Libération*, 16 juillet 2014
- NOURISSIER François, « Le cadavre dans le placard », *Le Point*, 11 mars 1974

- RICOEUR Paul, « Cultures, du deuil à la traduction », *Le Monde*, 25 mai 2004
- RODIER Jacques-Hubert, « L'Allemagne est de retour sur la scène diplomatique », *Les Echos*, 18 février 2014
- ROUSSO Henry, « Mémoires abusives », *Le Monde*, 24 décembre 2005
- SALLES Alain, « Ne pas confondre justice et thérapie », *Le Monde*, 9 septembre 2007

  - « La Cour de cassation « juge » constitutionnelle la loi sur les crimes contre l'humanité », *Le Monde*, 10 mai 2010
- SCHINDLER Angelika, « L'Holocauste dans le cinéma allemand – Entretien avec Peter Zimmermann (Maison du film documentaire de Stuttgart) », disponible **[en ligne]** sur http://www.arte.tv/fr/l-holocauste-dans-le-cinema-allemand/1084752,CmC=1084782.html
- SOLIS René, « L'Etat peut-il dicter la politique mémorielle ? », *Libération*, 18 septembre 2009
- THEOLLEYRE Jean-Marc, « Le procès de Klaus Barbie », *Le Monde*, n° spécial, 5-6 juillet 1987
- TREAN Claire, « Vers la prévention des conflits par la dissuasion judiciaire », *Le Monde*, 19-20 juillet 1998
- VINCENT Elise et VERGES (DE) Marie, « D'autres exemples en Europe », *Le Monde*, 27 juin 2008
- WEILL Nicolas, « Le paradoxe d'Oradour », *Le Monde*, 9 juin 1994
- WELLERS Georges, « Abondance de preuves », *Le Monde*, 29 décembre 1978

En langue étrangère

- « Oberländer Prozess - Irrendes Gewissen – Sowjetzone », *Der Spiegel* n° 19, 1960, pp. 23-24, fax-similé disponible **[en ligne]** sur http://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/43065601
- « NS-Verbrechen : Hilfe für Gehilfen », *Der Spiegel* n° 1, 1969, p. 31, fax-similé de l'article disponible **[en ligne]** sur http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45861387.html
- « Bischof Williamson muss 10.000 Euro Geldstrafe zahlen », *Hamburger Abendblatt*, 17 avril 2010, disponible **[en ligne]** sur http://www.abendblatt.de/politik/deutschland/article1461695/Bischof-Williamson-muss-10-000-Euro-Geldstrafe-zahlen.html
- « Prozess von Holocaust-Leugner muss neu aufgerollt werden », *Hamburger Abendblatt*, 22 février 2012, disponible **[en ligne]** sur http://www.abendblatt.de/politik/article2194458/Prozess-von-Holocaust-Leugner-muss-neu-aufgerollt-werden.html
- « Deutschland steh zu deiner Verantwortung! Anerkennung des Völkermords an den Armeniern und Aramäern », 13 juillet 2012, disponible **[en ligne]** sur https://secure.avaaz.org/de/petition/Deutschland_steh_zu_deiner_Verantwortung_Anerkennung_des_Volkermords_an_den_Armeniern_und_Aramaern/

- « Holocaust-Leugner: Richard Williamson erneut zu Geldstrafe verurteilt », *Der Spiegel*, 16 janvier 2013, disponible **[en ligne]** http://www.spiegel.de/panorama/justiz/holocaust-leugner-richard-williamson-zu-geldstrafe-verurteilt-a-877998.html
- HABERMAS Jürgen, « Ein Art Schadenabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung », *Die Zeit*, 11 juillet 1986
- NOLTE Ernst, « Die Vergangenheit, die nicht vergehen will », *FAZ*, 6 juin 1986
- STÜRMER Michael, « Geschichte in geschichtslosen Land », *FAZ*, 25 avril 1986

RAPPORTS, AVIS ET ETUDES

- JOINET Louis, « Principes 18 et 25 combinés, Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'Homme par la lutte contre l'impunité, annexe II du rapport final de la sous-commission des droits de l'Homme », E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 octobre 1997, disponible **[en ligne]** sur http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.sub.2.1997.20.Rev.1.fr
- MAGENDIE Jean-Claude, « Célérité et qualité de la justice – la gestion du temps dans le procès », 15 juin 2004, disponible **[en ligne]** sur http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml
- Rapport fait au Président Truman sur les atrocités et crimes de guerre, JACKSON Robert, 7 juin 1945, disponible **[en ligne]** sur http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp
- Rapport n° 1296 sur la proposition de loi n° 43 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, ASENSI François, Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, 26 avril 1990
- Rapport n° 1378 sur les propositions de loi n° 1297 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'escalavage en tant que crime contre l'humanité, n° 792 relative à la célébration de l'abolition de l'esclavage en France, n° 1050 tendant à perpétuer le souvenir du drame de l'esclavage, et n° 1302 relative à la reconnaissance de la traite de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, TAUBIRA Christiane, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 10 février 1999
- Rapport n° 3014 sur la proposition de loi relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, MASSE Christophe, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 10 mai 2006

- Rapport n° 338 sur le régime des prescriptions civiles et pénales, HYEST Jean-Jacques, PORTELLI Hugues et YUNG Richard, Commission des lois et mission d'information de la Commission des lois, 20 juin 2007
- Rapport n° 326 sur le projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, GELARD Patrice, Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, 14 mai 2008
- Rapport n° 892 sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Vème République (n° 820), WARSMANN Jean-Luc, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République, 15 mai 2008
- Rapport n° 1262 intitulé « Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée », ACCOYER Bernard, Mission d'information de l'Assemblée nationale sur les questions mémorielles, 18 novembre 2008
- Rapport n° 2517 sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 951), portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, MARIANI Thierry, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 19 mai 2010
- Rapport n° 353 sur la proposition de loi tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale, ANZIANI Alain, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, 13 février 2013
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, SWD(2014) 27 final, 27 janvier 2014, disponible **[en ligne]** sur http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/com_2014_27_fr.pdf
- Avis n° 1828 sur le projet de loi adopté par le Sénat portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, AMELINE Nicole, Commission des affaires étrangères, 8 juillet 2009
- Avis n° 358597 sur la conformité à la Constitution du Projet de Statut de la Cour criminelle internationale permanente, rendu par le CE, section de l'Intérieur, 29 février 1996
- Avis sur la mise en œuvre du Statut de la Cour pénale internationale, formulé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, 19 décembre 2002, disponible **[en ligne]** sur http://www.cncdh.fr/sites/default/files/02.12.19_avis_mise_en_oeuvre_statut_cpi.pdf
- « L'amnistie et la grâce », Etude de législation comparée du Sénat n° LC 177, octobre 2007, disponible **[en ligne]** sur http://www.senat.fr/lc/lc177/lc1773.html

DISCOURS ET INTERVENTIONS OFFICIELLES

En France

- Discours du Général DE GAULLE prononcé à l'Hôtel de ville de Paris, 25 août 1944, disponible **[en ligne]**, sur http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00005/la-liberation-de-paris.html
- Discours du Général DE GAULLE prononcé à l'occasion de la « journée des Drapeaux », Paris, 2 avril 1945, reproduit in GAULLE (DE) Charles, *Discours et messages*, Tome I – Pendant la guerre : juin 1940-janvier 1946, Éditions Plon, 1970, p. 536
- Allocution radiophonique du Général DE GAULLE prononcée depuis Londres, 8 mai 1945, disponible **[en ligne]**, sur http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00315/la-victoire-du-8-mai-1945.html
- Discours de Jacques CHIRAC prononcé lors de la commémoration de la Rafle du Vel d'Hiv', Paris, 16 juillet 1995, extraits disponibles **[en ligne]** sur http://www.ina.fr/video/CAB95040420
- Déclaration d'Hilda TCHOBOIAN, Présidente de la Fédération euro-arménienne pour la justice et la démocratie, « Allemagne : premiers pas vers la reconnaissance du génocide arménien », article publié le 19 juin 2005 par le Comité de défense de la cause arménienne, disponible **[en ligne]** sur http://www.cdca.asso.fr/s/detail.php?r=9&id=329
- Discours de Nicolas SARKOZY lors de la 97ème commémoration du génocide arménien de 1915, Paris, 24 avril 2012, disponible **[en ligne]** sur http://www.ambafrance-am.org/Commemoration-du-genocide-discours

En Allemagne

- Discours de Konrad ADENAUER prononcé devant le *Bundestag,* 2 juillet 1953, extraits reproduits in ERLER Gernot et al., *L'histoire escamotée – Les tentatives de liquidation du passé nazi en Allemagne*, Éditions La Découverte, Collection Cahiers libres,1988, p. 18
- Discours d'Helmut KOHL prononcé à Bergen-Belsen lors du 40ème anniversaire de la libération des prisonniers du camp de concentration, 21 avril 1985, disponible **[en ligne]** sur http://www.helmut-kohl-kas.de/index.php?menu_sel=17&menu_sel2=&menu_sel3=&menu_sel4=&msg=1344
- Discours de Richard VON WEIZSACKER prononcé devant le *Bundestag* lors de la cérémonie commémorant le 40ème anniversaire de la fin de la guerre en Europe et de la tyrannie national-socialiste, 8 mai 1985, disponible en traduction anglaise **[en ligne]** sur http://deferred-live.net/muse/ariUploads/pdfs/speechRichardvonWeizsacker.pdf

- Communication de Fritz STERN prononcée devant le *Bundestag* à l'occasion de la commémoration du soulèvement populaire en Allemagne de l'est, 17 juin 1987, reproduit in STERN Fritz, *Rêves et illusions : le drame de l'histoire allemande*, traduit de l'anglais par ETORE Jeanne, Éditions Albin Michel, Collection Les grandes traductions, 1999, p. 335.

RESSOURCES ELECTRONIQUES SPECIALISEES

- Base de données de la Cour pénale internationale : www.legal-tools.org
- Base de données du Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie : http://icr.icty.org
- Base de données du Tribunal pénal pour le Rwanda : http://trim.unictr.org/
- Base de données Human Rights Watch : www.hrw.org/fr
- Base de données sur les massacres et génocides du XX^{ème} siècle : www.massviolence.org
- Base de données TRIAL : http://www.trial-ch.org
- Base de données sur les procès des criminels nazis : www.holocaust-history.org/german-trials/
- Site du Haut Commissariat aux Droits de l'homme : www.ohchr.org
- Site de la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'homme : www.fidh.org
- Site du Comité international de la Croix rouge : www.icrc.org
- Site de la Bibliothèque du Congrès américain : www.loc.gov
- Site de la Fondation de la Résistance : www.fondationresistance.org
- Site de l'Holocaust Education and Archive Research Team : www.holocaustresearchproject.org
- Site de l'Institut d'histoire du temps présent : www.ihtp.cnrs.fr
- Site de l'Association française pour l'histoire de la justice : www.afhj.fr
- Site du Centre d'histoire sociale du XX^{ème} siècle : http://chs.univ-paris1.fr
- Site du Centre d'information et de recherche sur l'Allemagne contemporaine : http://www.cirac.u-cergy.fr
- Site de la Yale Law School, « Law, History and Diplomacy project » : www.avalon.law.yale.edu
- Site de l'Université du Missouri – School of law : www.law2.umkc.edu
- Site de l'Harvard Law School, « Nuremberg trials project » : nuremberg.law.harvard.edu
- Site du projet « Pratique de l'histoire et dévoiements négationnistes » : www.phdn.org
- Site de l'Association internationale de recherches sur les crimes contre l'humanité et les génocides http://aircrigeweb.free.fr/

- Site de ressources documentaires sur le génocide nazi et sa négation : www.anti-rev.org
- Site du Ministère de la défense sur les lieux de mémoires : http://www.cheminsdememoire.gouv.fr/
- Site de la Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechende Ludwigsbourg : http://www.zentrale-stelle.de

DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

- *Le Petit Larousse Illustré - Dictionnaire encyclopédique*, Éditions Larousse, 2013
- BENSOUSSAN Georges et al. (sous la dir.), *Dictionnaire de la Shoah*, Éditions Larousse, Collection A présent, 2009, 638p. ISBN 9782035837813
- BOUCHET-SAULNIER Françoise, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Éditions La Découverte, 2013, 862p. ISBN 9782707177483
- CORNU Gérard (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Éditions P.U.F., 2007, 986p. ISBN 9782130559863
- GERARD André-Marie, *Dictionnaire de la Bible*, Éditions Robert Laffont, Collection Bouquins, 1989, 1478p. ISBN 9782221057605
- GRAWITZ Madeleine, *Lexique des sciences sociales*, 8ème édition, Éditions Dalloz, 2004, 421p. ISBN 9782247058679
- KETTLER Stefan, *Lexique de l'allemand juridique : français/allemand ; allemand/français*, Éditions Ellipses, 152p. ISBN 9782729809508
- LA ROSA Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal : termes choisis*, Éditions P.U.F., 1998, 118p. ISBN 9782130494249
- LOPEZ Gérard et TZITZIS Stamatios (sous la dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Éditions Dalloz, 2004, 1013p. ISBN 9782247075928
- ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Tome I, Lyon, Éditions Hermès, 1977, 466p. ISBN 9782859340278
- WIGODER Geoffrey (sous la dir.), *Dictionnaire encyclopédique du judaïsme*, Éditions du Cerf/Robert Laffont, Collection Bouquins, 1996, 1635p. ISBN 9782221080993

TABLE DES TEXTES OFFICIELS

TABLE CHRONOLOGIQUE DES DOCUMENTS OFFICIELS			
NOM	**DATE**	**REFERENCES**	**CITATIONS THESE**
Conventions et autres actes internationaux et européens			
Déclaration de St Pétersbourg à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre	11 décembre 1868	*Annuaire de l'Institut de Droit international,* 1877, p. 306	§480
Convention de La Haye (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre	29 juillet 1899	*Conférence internationale de la Paix 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, p. 19	§270
Convention de La Haye (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre	18 octobre 1907	*Deuxième Conférence internationale de la Paix*, La Haye, Actes et Documents, 1907, vol. 1, p. 626	§§64, 270, 480
Convention de Genève pour la répression du faux-monnayage	20 avril 1929	*Société des Nations, Recueil des Traités*, vol. 112, p. 371	§15
Accord de Yalta	11 février 1945	*Notes, documentaires et études* n° 664, La Documentation française, 10 juillet 1947	§74
Accord de Potsdam	2 août 1945	*Notes, documentaires et études* n° 664, La Documentation française, 10 juillet 1947	§§74, 186
Accord de Londres concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire	8 août 1945	*Nations-Unies, Recueil des traités*, vol. 82, p. 281	Analyse §§5-6, 30, 61-70, 119, 128
Résolution n° 95 (I) portant confirmation des principes de droit international reconnus par le statut et le jugement de la Cour de Nuremberg	11 décembre 1946	*Nations-Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale*, Résolutions adoptées pendant la seconde partie de sa première session, 1946, 1947, p. 188	§30
Résolution n° 181 (II) sur le futur gouvernement de la Palestine dite « plan de partage de la Palestine »	29 novembre 1947	A/RES/181(II), disponible **[en ligne]** sur http://unispal.un.org/unispal.nsf/0/7F0AF2BD897689B785256C330061D253	§75
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	9 décembre 1948	*Nations-Unies, Recueil des traités*, vol. 78, p. 277	§§30, 197, 243, 301, 306-307, 481
Traité de Londres portant statut du Conseil de l'Europe	5 mai 1949	STCE n° 001	§186
Convention de Genève (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne	12 août 1949	*Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949,* vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 205	§§15, 243, 277, 283, 336
Convention de Genève (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer	12 août 1949	*Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949,* vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 255	§§15, 243, 277, 283, 336
Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre	12 août 1949	*Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949,* vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 243	§§15, 100-101, 243, 277, 283, 336
Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre	12 août 1949	*Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949,* vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 294	§§15, 243, 277, 283, 336, 359
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales	4 novembre 1950	STCE n° 005	§§17-18, 30, 213, 217, 263, 326-328, 402-409
Traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier	18 avril 1951	disponible **[en ligne]** sur http://mjp.univ-perp.fr/europe/1951ceca.htm	§186

Convention de Bonn sur les relations entre les Trois puissances et la R.F.A.	26 mai 1952	*BGBl*, 1955, II, p. 303	§17
Accord de Luxembourg sur les réparations allemandes en faveur d'Israël	10 septembre 1952		§75
Accord de Londres sur les dettes extérieures allemandes	27 février 1953	*BGBl*, 1953, II, p. 331	§74
Traité franco-allemand de Luxembourg sur le règlement de la question sarroise	27 octobre 1956	*BGBl*, 1956, II, p. 1589	§184
Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne	25 mars 1957	*Nations-Unies, Recueil des Traités*, vol. 294, p. 263	§186
Traité de Rome instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique	25 mars 1957	*Nations-Unies, Recueil des Traités*, vol. 294, p. 17	§186
Accords de cessez-le-feu en Algérie dits « Accords d'Evian »	18 mars 1962	*JORF,* 20 mars 1962, p. 3019	§160
Traité d'amitié franco-allemand dit « Traité de l'Elysée »	22 janvier 1963	*BGBl,* 1963, II, p. 705	§§103, 186
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale	21 décembre 1965	*Nations-Unies, Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195	§§174, 324, 411
Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité	28 novembre 1968	*Nations-Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale,* Résolutions adoptées au cours de sa vingt-troisième session, 1968, supplément n° 18, 1969, p. 44	§§30, 350
Traité germano-polonais de Varsovie	7 décembre 1970	« Documents », *Revue des questions allemandes*, janvier-février 1971, p. 59	§74
Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronef	16 décembre 1970	*Nations-Unies, Recueil des Traités*, vol. 860, p. 111	§15
Résolution n° 3314 (XXIX) portant définition de l'agression	14 décembre 1974	*Nations-Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale,* Résolutions adoptées au cours de sa vingt-neuvième session, 1974, p. 148	§6
Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre	25 janvier 1974	STCE n° 082	§350
Acte final de la Conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe	1er août 1975	disponible **[en ligne]** sur https://www.osce.org/fr/mc/39502?download=true	§§30, 187
Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux	8 juin 1977	*Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949,* Genève, C.I.C.R., 1977, p. 3	§§243, 270, 287, 292-293
Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux	8 juin 1977	*Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949,* Genève, C.I.C.R., 1977, p. 91	§§243, 270, 287, 359
Convention contre la prise d'otage	17 décembre 1979	*Nations-Unies, Recueil des Traités,* vol. 1316 , p. 211	§15
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	10 décembre 1984	*Nations-Unies, Recueil des Traités,* vol. 1465, p. 85	§15
Résolution sur une solution politique de la question arménienne	18 juin 1987	*JO des Communautés européennes* n° C 190, 20 juin 1987, p. 119	§419
Traité de Moscou portant règlement définitif concernant l'Allemagne dit « Traité 2+4 »	12 septembre 1990	disponible **[en ligne]** sur http://mjp.univ-perp.fr/traites/1990traite2+4.htm	§74

Règles minima des Nations-Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté dites « Règles de Tokyo »	14 décembre 1990	*Nations-Unies, Recueil des règles et normes de l'Organisation des Nations-Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale,* New-York, 2007, p. 121	§359
Traité de Maastricht sur l'Union Européenne	7 février 1992	*JO des Communautés européennes* n° C 224, 31 août 1992, p. 1	§429
Résolution n° 827 portant statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie	25 mai 1993	S/RES//827 (1993)	§§277, 361, 365
Résolution n° 955 portant statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda	8 novembre 1994	S/RES/955 (1994)	§§277, 361, 365
Action commune 96/443/JAI concernant l'action contre le racisme et la xénophobie	15 juillet 1996	*JO des Communautés européennes* n° L 185, 24 juillet 1996, p. 5	§428
Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes	27 septembre 1996	*JO des Communautés européennes* n° C 316, 27 novembre 1995, p. 49	§332
Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant les fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne	26 mai 1997	*JO des Communautés européennes* n° C 195, 25 juin 1997, p. 2	§332
Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes	2 octobre 1997	*JO des Communautés européennes* n° C 340, 10 novembre 1997, p. 1	§298
Traité de Rome portant statut de la Cour pénale internationale	17 juillet 1998	côte A/CONF. 183/ 9	Notammen §§263, 265, 283, 319, 323
Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés	25 mai 2000	*Nations Unies, Recueil des Traités,* vol. 2173, p. 222	§286
Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes	26 février 2001	*JO des Communautés européennes* n° C 80, 10 mars 2001, p. 1	§429
Résolution sur le rapport régulier 2000 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion (COM(2000) 713 - C5-0613/2000 – 2000/2014(COS))	25 novembre 2001	*JO des Communautés européennes* n° C 112 E, 9 mai 2002, p. 308	§419
Décision-cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres	13 juin 2002	*JO de l'Union européenne* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1	§433
Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques	28 janvier 2003	STCE n° 189	§427
Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées	20 décembre 2006	*Nations-Unies, Recueil des Traités,* 2006, vol. 2715	§15
Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne	13 décembre 2007	*JO de l'Union européenne* n° C 306, 17 décembre 2007, p. 1	§441
Décision-cadre 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal	28 novembre 2008	*JO de l'Union européenne* n° L 328, 6 décembre 2008, p. 55	§§415, 428, 435

Résolution RC/Res.6 de la Conférence de Kampala portant définition du crime d'agression	11 juin 2010	disponible **[en ligne]** sur http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-FRA.pdf	§§6, 287

Textes internes français			
Textes constitutionnels, organiques et législatifs			
Loi pour la sûreté de la navigation et du commerce	10 avril 1825		§15
Loi sur la liberté de la presse	29 juillet 1881	*JORF*, 30 juillet 1881, p. 4201	Analyse §§53-57, 175, 383, 388, 400-401, 403-409
Loi dite « scélérate » portant modification des articles 24 parag. 1er, 25 et 49 de la loi du 29 juillet 1881	12 décembre 1893	*JORF*, 13 décembre 1893, p. 6113	§471
Loi dite « scélérate » sur les associations de malfaiteurs	18 décembre 1893	*JORF*, 19 décembre 1893, p. 6217	§471
Loi dite « scélèrate » tendant à réprimer les menées anarchistes	28 juillet 1894	*JORF*, 29 juillet 1894, p. 3702	§471
Loi relative aux groupes de combat et milices privées	10 janvier 1936	*JORF*, 12 janvier 1936, p. 522	§175
Loi instituant une Union générale des Israélites de France	29 novembre 1941	*JORF*, 2 décembre 1941, p. 5181	§170
Loi portant organisation provisoire des pouvoirs publics	2 novembre 1945	*JORF*, 3 novembre 1945, p. 7159	§18
Loi n° 48-1416 modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre	15 septembre 1948	*JORF*, 16 septembre 1948, p. 9138	§§45, 98, 108, 275
Loi n° 51-18 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales	5 janvier 1951	*JORF*, 6 janvier 1951, p. 260	§§44, 53, 57
Loi n° 53-32 portant modification de la loi n° 48-1416 modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre	30 janvier 1953	*JORF*, 31 janvier 1953, p. 898	§§46, 98
Loi n° 53-112 portant amnistie en faveur des Français incorporés de force dans les formations militaires ennemies	19 février 1953	*JORF*, 20 février 1953, p. 1747	§46
Loi n° 53-681 portant amnistie	6 août 1953	*JORF*, 7 août 1953, p. 6942	§44
Constitution de la V^{ème} République	4 octobre 1958	*JORF*, 5 octobre 1959, p. 9151	Notamment §§270, 362-363, 400, 459
Loi n° 64-1269 portant amnistie et autorisant la dispense de certaines incapacités et déchéances	23 décembre 1964	*JORF*, 24 décembre 1964, p. 11499	§160
Loi n° 64-1326 constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité	26 décembre 1964	*JORF*, 29 décembre 1964, p. 11788	§§18, 210, 239, 351
Loi n° 66-396 portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'Etat ou commises en relation avec les événements d'Algérie	17 juin 1966	*JORF*, 18 juin 1966, p. 4915	§§160, 229, 368
Loi n° 68-697 portant amnistie	31 juillet 1968	*JORF*, 2 août 1968, p. 7521	§§160, 229, 368

Loi n° 71-392 autorisant l'adhésion à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale	28 mai 1971	*JORF*, 29 mai 1971, p. 5211	§174
Loi n° 72-546 relative à la lutte contre le racisme dite « Pleven »	1er juillet 1972	*JORF*, 2 juillet 1972, p. 6803	§§174-179, 383
Loi n° 73-1227 autorisant la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles	31 décembre 1973	*JORF*, 3 janvier 1974, p. 67	§18
Loi n° 81-908 portant abolition de la peine de mort	9 octobre 1981	*JORF*, 10 octobre 1981, p. 2759	§18
Loi n° 85-528 sur les actes et jugements déclaratifs de décès des personnes morts en déportation	15 mai 1985	*JORF*, 18 mai 1985, p. 5543	§181
Loi n° 85-699 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice	11 juillet 1985	*JORF*, 12 juillet 1985, p. 7865	§236
Loi n° 87-1157 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal	31 décembre 1987	*JORF*, 5 janvier 1988, p. 159	§383
Loi n° 90-615 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe dite « loi Gayssot »	13 juillet 1990	*JORF*, 14 juillet 1990, p. 8333	Analyse §§383-388, 400, 403-411, 420-423, 426
Loi constitutionnelle n° 92-554 ajoutant à la Constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne »	25 juin 1992	*JORF*, 26 juin 1992, p. 8406	§424
Loi n° 92-1336 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	16 décembre 1992	*JORF*, 23 décembre 1992, p. 12568	§332
Loi n° 94-488 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie	11 juin 1994	*JORF*, 14 juin 1994, p. 8567	§422
Loi n° 95-1 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de Sécurité instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991	2 janvier 1995	*JORF*, 3 janvier 1995, p. 71	§§332, 336
Loi n° 96-432 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins	22 mai 1996	*JORF*, 23 mai 1996, p. 7695	§§332, 336

Loi constitutionnelle n° 99-568 insérant au titre VI de la Constitution un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale	8 juillet 1999	*JORF*, 9 juillet 1999, p. 10175	§362
Loi n° 99-882 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 »	18 octobre 1999	*JORF*, 20 octobre 1999, p. 15647	§§258, 422
Loi n° 2000-282 autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale	30 mars 2000	*JORF*, 31 mars 2000, p. 4950	§265
Loi n° 2000-644 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux « Justes » de France	10 juillet 2000	*JORF*, 11 juillet 2000, p. 10483	§§14, 422
Loi n° 2001-70 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915	29 janvier 2001	*JORF*, 30 janvier 2001, p. 1590	§§420-423, 439, 471
Loi n° 2001-434 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité dite « loi Taubira »	21 mai 2001	*JORF*, 23 mai 2001, p. 8175	§§377, 420-423
Loi n° 2002-268 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale	26 février 2002	*JORF*, 27 février 2002, p. 3684	§266
Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé	4 mars 2002	*JORF*, 5 mars 2002, p. 4118	§237
Loi n° 2003-1367 autorisant l'approbation de l'accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale	31 décembre 2003	*JORF*, 1er janvier 2004, p. 15	§266
Loi n° 2004-204 portant adaptation du droit aux évolutions de la justice dite « loi Perben II »	9 mars 2004	*JORF*, 10 mars 2004 p. 4567	§§327, 329
Loi n° 2004-800 relative à la bioéthique	6 août 2004	*JORF*, 7 août 2004, p. 14040	§311
Loi n° 2004-1486 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité	30 décembre 2004	*JORF*, 31 décembre 2004, p. 22567	§383
Loi n° 2005-158 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés dite « loi Mekachera »	23 février 2005	*JORF*, 24 février 2005, p. 3128	§§258, 420-423, 437
Loi n° 2007-291 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale	5 mars 2007	*JORF*, 6 mars 2007, p. 4206	§338
Loi n° 2007-1598 relative à la lutte contre la corruption	13 novembre 2007	*JORF*, 14 novembre 2007, p. 18648	§332
Loi constitutionnelle n° 2008-103 modifiant le titre XV de la Constitution	4 février 2008	*JORF*, 5 février 2008, p. 2202	§424
Loi constitutionnelle n° 2008-724 de modernisation des institutions de la Vème République	23 juillet 2008	*JORF*, 24 juillet 2008, p. 11890	§363
Loi organique n° 2009-1523 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution	10 décembre 2009	*JORF*, 11 décembre 2009, p. 21379	§400

Loi n° 2010-930 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale	9 août 2010	*JORF*, 10 août 2010, p. 14678	§§266, 281-289, 333, 336-338, 343, 355
Autres textes officiels			
Décret-loi portant sur la répression de la diffamation par voie de presse dite « loi Marchandeau »	21 avril 1939		§174
Ordonnance relative à la répression des faits de collaboration	26 juin 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 6 juillet 1944, p. 535	§93
Ordonnance relative au rétablissement de la légalité républicaine	9 août 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 10 août 1944, p. 688	§174
Ordonnance instituant l'indignité nationale	26 août 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 28 août 1944, p. 767	§§44, 93-94, 107
Ordonnance relative à la répression des crimes de guerre	28 août 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 30 août 1944, p. 780	§§35, 97-101, 275
Ordonnance portant création, à titre temporaire, d'un service de recherche des crimes de guerre ennemis	14 octobre 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 15 octobre 1944, p. 952	§102
Ordonnance instituant la Haute Cour de justice	18 novembre 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 19 novembre 1944, p. 1382	§93
Ordonnance portant modification et codification des textes relatifs à la répression des faits de collaboration	28 novembre 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 29 novembre 1944, p. 1540	§93
Ordonnance portant modification et codification des textes relatifs à l'indignité nationale	26 décembre 1944	*JO* (Alger), Ordonnances et Décrets, 27 décembre 1944, p. 2076	§44
Décret n° 45-2267 portant promulgation de l'accord entre le Gouvernement provisoire de la République française et les gouvernements des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord, et de l'Union des républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre et des puissances européennes de l'Axe, signé à Londres le 8 août 1945	6 octobre 1945	*JORF*, 7 octobre 1945, p. 6314	§216
Décret n° 58-613 portant publication de la convention internationale pour la répression du faux-monnayage du 20 avril 1929	10 juillet 1985	*JORF*, 22 juillet 1958, p. 6785	§15
Ordonnance n° 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel	7 novembre 1958	*JORF*, 9 novembre 1958, p. 10129	§400
Décret n° 62-327 portant amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne	22 mars 1962	*JORF*, 23 mars 1962, p. 3143	§§160, 229
Décret n° 62-328 portant amnistie de faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigées contre l'insurrection algérienne	22 mars 1962	*JORF*, 23 mars 1962, p. 3144	§§160, 229
Décret n° 66-749 portant règlement de discipline générale des armées	1er octobre 1966	*JORF*, 8 octobre 1966, p. 8853	§271
Décret n° 75-675 portant règlement de discipline générale des armées	28 juillet 1975	*JORF*, 30 juillet 1975, p. 7732	§271

Décret n° 93-150 instituant une journée nationale commémorative des persécutions racistes et antisémites commises sous l'autorité de fait dite « gouvernement de l'Etat français » (1940-1944)	3 février 1993	*JORF, 4 février 1993, p. 1902*	§§14, 181
Circulaire du ministre de la Justice relative à la loi du 2 janvier 1995	10 février 1995	*JORF*, 21 février 1995, p. 2757	§336
Décret n° 2002-184 modifiant le décret n° 75-675 du 28 juillet 1975 portant règlement de discipline générale dans les armées	14 février 2002	*JORF*, 15 février 2002, p. 2987	§271
Décret n° 2002-994 portant application de 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'Etat français et d'hommage aux « Justes » de France	11 juillet 2002	*JORF*, 16 juillet 2002, p. 12129	§422
Décret n° 2006-160 portant abrogation du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés	15 février 2006	*JORF*, 16 février 2006, p. 2369	§421
Ordonnance n° 2006-637 portant refonte du code de justice militaire (partie législative)	1er juin 2006	*JORF*, 2 juin 2006, p. 8266	§271
Note de service n° 2008-078 adressée à tous les membres de la communauté éducative à l'occasion du 90ème anniversaire de la fin de la Première Guerre mondiale par Jean-Louis Nembrini, directeur général de l'enseignement scolaire	5 juin 2008	*Bulletin officiel de l'Education nationale* n° 24, 12 juin 2008	§13
Travaux parlementaires			
Reponse du Ministre de l'intérieur à la question n° 9123 sur le nombre des exécutions sommaires au moment de la Libération	6 janvier 1954	*JORF*, Déb. AN. CR., 7 janvier 1954, p. 35	§90
Proposition de loi n° 322 tendant à modifier et compléter la loi du 29 juillet 1881 pour permettre une répression plus efficace de la provocation à la haine raciste, déposée par Gaston Defferre sur le bureau de l'Assemblée nationale	7 juin 1963	*JORF,* Déb. AN. CR., 8 juin 1963, p. 3256	§174
Compte rendu des débats parlementaires devant l'Assemblée nationale sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité	16 décembre 1964	*JORF*, Déb. AN. CR., 17 décembre 1964, p. 6142	§215
Compte rendu des débats parlementaires devant le Sénat sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité	17 décembre 1964	*JORF*, Déb. Sénat CR., 18 décembre 1964, p. 2428	§215
Proposition de loi n° 298 tendant à modifier et compléter la loi du 29 juillet 1881 pour permettre une répression plus efficace de la provocation à la haine raciste, déposée par Gaston Defferre sur le bureau de l'Assemblée nationale	9 juin 1967	*JORF,* Déb. AN. CR., 10 juin 1967, p. 1733	§174
Proposition de loi n° 313 tendant à réprimer la provocation à la haine raciste et à rendre plus efficace la législation sur la répression des menées racistes et antisémites, déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale par Robert Ballanger et al.	3 octobre 1968	*JORF,* Déb. AN. CR., 4 octobre 1968, p. 3041	§174

Réponse du Ministère de la Justice à la question n° 28728 relative aux droits de l'homme (crimes de guerre)		*JORF*, Déb. AN. Q, 18 avril 1983, p. 1844	§226
Réponse du Ministère de la Justice à la question n° 33010 relative aux droits de l'homme (crimes de guerre)		*JORF*, Déb. AN. Q, 29 août 1983, p. 3782	§226
Compte rendu des débats parlementaires devant l'Assemblée nationale sur la refonte du Code pénal français, relatifs à l'incrimination du crime contre l'humanité commis en tant de guerre	2 décembre 1991	*JORF*, Déb. AN. CR., 3 décembre 1991, p. 6997	§309
Compte rendu des débats parlementaires devant le Sénat sur la refonte du Code pénal français, relatifs à l'incrimination du génocide	2 octobre 1991	*JORF*, Déb. Sénat CR., 3 octobre 1991, p. 2544	§306
Proposition de loi n° 370 relative aux crimes de guerre, déposée par Robert Badinter et les membres du groupe socialiste, apparentés et rattachés sur le bureau du Sénat	26 juin 2003	disponible **[en ligne]** sur http://www.senat.fr/leg/ppl02-370.html	§355
Proposition de loi n° 1359 visant à réprimer la négation de l'existence du génocide arménien, dans les mêmes conditions que les autres crimes contre l'humanité, déposée par Philippe Permezec au nom des députés UMP et UDF sur le bureau de l'Assemblée nationale	14 janvier 2004	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1359.asp	§425
Proposition de loi n° 1643 sanctionnant la négation du génocide arménien, déposée par Didier Migaud et autres membres du groupe socialiste et apparentés sur le bureau de l'Assemblée nationale	8 juin 2004	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1643.asp	§425
Proposition de loi n° 2500 visant à rendre inamnistiables les crimes contre l'humanité, déposée par Lionnel Luca et autres députés sur le bureau de l'Assemblée nationale	13 juillet 2005	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion2500.asp	§365
Proposition de loi n° 3030 complétant la loi n° 2001-70 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, déposée par Didier Migaud et autres députés du groupe socialiste et apparentés sur le bureau de l'Assemblée nationale	12 avril 2006	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion3030.asp	§425
Projet de loi n° 3271 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, présenté par Pascal Clément devant l'Assemblée nationale	26 juillet 2006	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl3271.asp	§268
Proposition de loi n° 382 visant à rendre inamnistiables les crimes contre l'humanité, déposée par Lionnel Luca et autres députés sur le bureau de l'Assemblée nationale	7 novembre 2007	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion0382.asp	§365
Compte rendu des débats parlementaires devant le Sénat sur la loi portant adaptation du droit français à l'institution de la Cour pénale internationale	10 juin 2008	*JORF*, Déb. Sénat CR., 11 juin 2008, p. 2705	§320

Proposition de loi n° 3842 portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien, déposée par Valérie Boyer et autres députés sur le bureau de l'Assemblée nationale	11 octobre 2011	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3842.asp	§425
Proposition de loi n° 753 tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale, déposée par Jean-Pierre Sueur et autres membres du groupe socialiste et apparentés sur le bureau du Sénat	6 septembre 2012	disponible **[en ligne]** sur http://www.senat.fr/leg/ppl11-753.html	§344
Proposition de loi n° 690 tendant à la transposition en droit interne de la décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, déposée par Valérie Boyer, Olivier Audibert-Troin, Marcel Bonnot, Charles de La Verpillière, Guy Teissier et Dominique Tian sur le bureau de l'Assemblée nationale	6 février 2013	disponible **[en ligne]** sur http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0690.asp	§439
Réponse du Ministère de la Justice à la question n° 01693 sur la nécessité de reconnaître le caractère non amnistiable et imprescriptible des crimes de guerre		*JORF,* Déb. Sénat Q., 7 mars 2013, p. 810	§362
Proposition de loi n° 479 relative à l'incrimination pénale de la contestation publique du génocide arménien, déposée par Guy Fischer, Eliane Assassi, Marie-France Beaufils, Eric Bocquet, Laurence Cohen, Cécile Cukierman, Annie David, Michel Demessine, Evelyne Didier, Christian Favier, Thierry Foucaud, Brigitte Gonthier-Maurin, Pierre Laurent, Gérard Le Cam, Michel Le Scouarnec, Isabelle Pasquet et Mireille Schurch sur le bureau du Sénat	22 avril 2014	Disponible **[en ligne]** sur http://www.senat.fr/leg/ppl13-479.html	§439

Textes internes allemands			
Textes constitutionnels et législatifs			
Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre	15 septembre 1935	*RGBl*, 1935, I, p. 1146	§62
Reichsbürgergesetz	15 septembre 1935	*RGBl*, 1935, I, p. 1146	§62
Reichsflaggengestz	15 septembre 1935	*RGBl*, 1935, I, p. 1145	§62
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland	23 mai 1949	*BGBl*, 1949, I, p. 1478	Notamment §§17, 59, 83, 185-186, 243, 266, 360, 398-399, 460-462

Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik	7 octobre 1949	*Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik,* 1949, II, p. 5	§§17, 59
Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit	31 décembre 1949	*BGBl*, 1950, I, p. 37	§83
Gesetz zur Regelung der Rechtverhältnisse der unter Artikel 131 des G.G. fallenden Personen	11 mai 1951	*BGBl*, 1951, I, p. 307	§83
Gesetz über die vorläufige Ausübung der Staatsgewalt im südwestdeutschen Bundesland dite "Contrat de transition"	26 mai 1952	*Gesetzblatt Baden-Württemberg* n° 2, 1952, p. 3	§149
Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	7 août 1952	*BGBl*, 1952, II, p. 685	§§18, 263
Lastenausgleichgesetz	14 août 1952	*BGBl*, 1952, I, p. 446	§74
Bundesentschädigungsgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung	18 septembre 1953	*BGBl*, 1953, I, p. 1387	§75
Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbussen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bussgeldverfahren	17 juillet 1954	*BGBl*, 1954, I, p. 203	§83
Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu der Konvention vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes	9 août 1954	*BGBl*, 1954, II, p. 729	§§197, 243
Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu den vier Genfer Rotkreuz-Abkommen vom 12. August 1949	21 août 1954	*BGBl*, 1954, II, p. 781	§270
Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen	23 octobre 1954	*BGBl*, 1955, I, p. 405	§73
Bundesentschädigungsgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung	29 juin 1956	*BGBl*, 1956, I, p. 559	§75
Bundesrückerstattungsgesetz	19 juillet 1957	*BGBl*, 1957, I, p. 734	§75
Sechstes Strafrechtsänderungsgesetz	30 juin 1960	*BGBl*, 1960, I, p. 478	§390
Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen	13 avril 1965	*BGBl,* 1965, I, p. 315	§§197, 351
Bundesentschädigungsgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung	14 septembre 1965	*BGBl*, 1965, I, p. 1315	§75
Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz	24 mai 1968	*BGBl,* 1968, I, p. 503	§247
Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts	25 juin 1969	*BGBl*, 1969, I, p. 645	§247
Strafrechtsänderungsgesetzes	26 juin 1969	*BGBl*, 1969, I, p. 645	§§197, 351
Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts	4 juillet 1969	*BGBl*, 1969, I, p. 717	§247
Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch	2 mars 1974	*BGBl*, 1974, I, p. 469	§247
Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch	15 août 1974	*BGBl*, 1974, I, p. 1937	§247
Strafrechtsänderungsgesetzes	16 juillet 1979	*BGBl*, 1979, I, p. 1046	§§197, 351
Gesetz zum den Zusatzprotokollen I und II zu den Genfer Rotkreuz-Abkommen vom 1949	11 décembre 1990	*BGBl*, 1990, II, p. 1550	§270

Verbrechensbekämpfungsgesetz	28 octobre 1994	*BGBl*, 1994, I, p. 3186	Notamment §§390, 395
Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrecht	26 janvier 1998	*BGBl*, 1998, I, p. 164	§300
Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten	26 janvier 1998	*BGBl*, 1998, I, p. 160	§300
Gesetz zur Verbersserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalitat	4 mai 1998	*BGBl*, 1998, I, p. 845	§300
Bekanntmachung der Neufassung des Strafgesetzbuches	13 novembre 1998	*BGBl*, 1998, I, p. 3322	§300
Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes	29 novembre 2000	*BGBl*, 2000, II, p. 1633	§266
Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998	11 décembre 2000	*BGBl*, 2000, I, p. 1393	§265
Gesetz über die Ausführung des Römischen Statut des Internationalen Straferichtshofs	12 juin 2002	*BGBl*, 2002, I, p. 2144	§266
Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches	26 juin 2002	*BGBl*, 2002, I, p. 2254	Notamment §§266, 291-296, 313-314, 316, 319-323, 333, 335, 339, 341, 351, 353-354
Autres textes officiels			
Résolution n° 15/5689 - Deutschland muss zur Versöhnung zwischen Türken und Armeniern beitragen	15 juin 2005	disponible **[en ligne]** sur http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.339/current_category.7/affirmation_detail.html	§418
Travaux parlementaires			
Proposition de loi contre la négation du génocide commis à l'égard des Arméniens et des Assyriens - Gesetz die Leugnung des Völkermordes an den Armeniern und Aramäern	3 février 2012	disponible **[en ligne]** sur https://www.dialog-ueber-deutschland.de/DE/20-Vorschlaege/10-Wie-Leben/Einzelansicht/vorschlaege_einzelansicht_node.html?cms_idIdea=2487	§442

Textes des autorités alliées en Allemagne			
S.H.A.E.F. / Conseil de contrôle allié/ Haute commission alliée			
Proclamation n° 1 du S.H.A.E.F.	18 septembre 1944	*Military Government Gazette Germany, 21 Army Group Area of Control* n° 1, 1944, p. 1	§120
Ordonnance n° 2 du S.H.A.E.F.	18 septembre 1944	*Military Government Gazette Germany, 21 Army Group Area of Control* n° 1, 1944, p. 7	§§120, 128, 136-138
Directive n° 10 sur la dissolution des pouvoirs constitués et l'administration du pays	22 septembre 1945	*Journal officiel du Conseil de Contrôle en Allemagne* 1945, p. 38	§59
Loi n° 10 relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité	10 décembre 1945	*Journal officiel du Conseil de Contrôle en Allemagne* 1945, p. 50	Analyse §§119-131

Loi n° 13 relative aux pouvoirs judiciaires dans les domaines réservés	25 novembre 1949	*Journal Officiel de la Haute Commission Alliée en Allemagne* 1950, p. 54	§146
Gouvernement militaire américain			
Directive on the Identification and Apprehension of Persons Suspected of War Crimes or Other Offenses and Trial of Certain Offenders	8 juillet 1945	Telford Taylor, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council law n° 10*, p. 244	§120
Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus	5 mars 1946	*Regierungsblatt für Württemberg-Baden*, 1946, p. 71	§§130, 143
Law concerning Punishment of National Socialist Criminal Acts	15 juin 1946	*Gesetz und Verordnungsblatt für Gross-Hessen* 1946, p. 136	§§130, 143
Ordinance n° 7 - Organization and Powers of Certain Military Tribunals	18 octobre 1946	Telford Taylor, *Les Procès de Nuremberg : crimes de guerre et droit international*, p. 363	§128
Gouvernement militaire britannique			
Royal Warrant - Regulations for the Trial of War Criminals	14 juin 1945	Telford Taylor, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council law n° 10*, p. 254	§§128, 140
Ordinance n° 47 - Crimes against humanity	30 août 1946	*Military Government Gazette Germany, British Zone of Control* n° 13, 1946, p. 306	§§129, 145
Décret du gouvernement militaire	10 septembre 1946	*Justiz-Mitteilungsblatt für Nordrhein-Westfalen*, 1947, p. 3	§140
Décret du gouvernement militaire	21 novembre 1946	*Justiz-Mitteilungsblatt für Nordrhein-Westfalen* 1947, p. 4	§145
Décret du gouvernement militaire	20 décembre 1946	*Justiz-Mitteilungsblatt für Nordrhein-Westfalen* 1947, p. 5	§145
Ordinance n° 69 - Trial of members of Criminal Organizations	31 décembre 1946	*Military Government Gazette Germany, British Zone of Control* n° 16, 1946, p. 405	§70
Décret du gouvernement militaire	5 juillet 1947	*Zentral-Justizblatt für die Britische Zone*, 1947, p. 43	§145
Ordinance n° 234 du Haut commissaire britannique	31 août 1951	*Journal officiel de la Haute Commission Alliée en Allemagne* 1951, p. 1137	§146
Gouvernement militaire français			
Ordonnance n° 20 du Commandant en chef français en Allemagne	25 novembre 1945	Henri Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, p. 77	§§128, 138
Ordonnance n° 36 relative à la répression des crimes de guerre, contre la paix et l'humanité et de l'association à des associations criminelles	25 février 1946	Henri Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, p. 77	§§138-139
Ordonnance n° 173 portant délimitation de compétence entre les tribunaux d'occupation et les tribunaux allemands et règlementant le contrôle de la justice allemande	23 septembre 1948	*Journal Officiel du Commandement en Chef français en Allemagne* n° 206, p. 1684	§§129, 145
Arrêté n° 171 du Haut commissaire français	31 août 1951	*Journal officiel de la Haute Commission Alliée en Allemagne* 1951, p. 1137	§146

TABLE DE JURISPRUDENCE

TABLE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE				
JURIDICTION	**DATE**	**NOM**	**REFERENCES**	**CITATIONS THESE**
Table de jurisprudence internationale et européenne				
Tribunal militaire international de Nuremberg	30 septembre - 1er octobre 1946	Göering et autres	*TMI – Procès des grands criminels de guerre. Documents officiels. Texte officiel en langue française*, Ed. du Tribunal militaire international, 42 tomes ; Ed. Tristan Mage, 80 tomes	§§30, 61-70
Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (Chambre de première instance)	16 novembre 1998	Procureur c. Delalic	IT-96-21-T	§277
	10 décembre 1998	Procureur c. Furundzija	IT-95-17/1-T	§124
	22 janvier 2001	Procureur c. Kunarac et autres	IT-96-23-T, IT-96-23/1-T	§277
Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (Chambre d'appel)	2 octobre 1995	Procureur c. Dusko Tadic	IT-94-1AR72	§296
	15 juillet 1999	Procureur c. Dusko Tadic	IT-94-1-A	§277
Tribunal pénal international pour le Rwanda (Chambre de première instance)	2 octobre 1998	Procureur c. Akayesu	ICTR-96-4-T	§§15, 124
	1er juin 2000	Procureur c. Georges Ruggiu	ICTR-97-32-I	§277
Tribunal spécial pour la Sierra Léone	20 juin 2007	Procureur c. Alex Brima, Ibrahim Kamara et Santiege Kanu	2004-16-PT	§288
	25 février 2009	Procureur c. Issa Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao	2004-15-PT	§288
	26 avril 2012	Procureur c. Charles Taylor	2003-01-PT	§288
Cour Suprême américaine	31 juillet 1942	Ex parte Quirin	317 U.S. 1 (1942)	§67
	18 mars 1985	United States v. Gagnon	470 U.S. 522 (1985)	§327
Cour Européenne des Droits de l'Homme	16 juillet 1982	X. c. République fédérale d'Allemagne	9235/81	§406
	24 octobre 1990	Kruslin et Huvig c. France	11801/85	§263
	23 novembre 1993	Poitrimol c. France	14032/88 ; *Droit pénal*, avril 1994, p. 16, obs. MARON ; *R.S.C.,* 1994, p. 362, obs. KOERING-JOULIN	§327
	26 septembre 1995	Vogt c. Allemagne	1735/91	§407
	23 septembre 1998	Lehideux et Isorni c. France	24662/64	§406
	20 avril 1999	Witzsch c. Allemagne	41448/98	§406

	13 février 2001	Krombach c. France	29731/96 ; *Dalloz,* 2001, p. 3302, note MARGUÉNAUD ; *J.C.P. éd. G.*, 2001, I, 342, obs. SUDRE ; *R.S.C.*, 2001, p. 429, obs. MASSIAS	§327
	25 juillet 2002	Papon c. France	54210/00	§237
	23 juin 2003	Garaudy c. France	65831/01	§§393, 407-409
	29 juin 2004	Chauvy c. France	64915/01	§407
Commission Européenne des Droits de l'Homme	6 septembre 1995	Remer c. Allemagne	25096/94	§406
	29 novembre 1995	NDP, Bezirksverband Munich-Oberbayern c. Allemagne	25992/94	§406
	24 juin 1996	Marais c. France	31159/96	§406
Cour de Justice de l'Union Européenne	15 juillet 1964	Costa c. E.N.E.L.	6-64	§441
	17 décembre 1970	Internationale Handelsgesellschaft	11-70	§441

Table de jurisprudence française				
Conseil constitutionnel	3 juillet 1959	Règlement de l'Assemblée nationale	59-2 DC, *JORF*, 3 juillet 1959, p. 6643	§424
	3 juillet 1959	Règlement du Sénat	59-3 DC, *JORF*, 3 juillet 1959, p. 6643	§424
	16 juillet 1971	Liberté d'association	71-44 DC, *JORF*, 18 juillet 1971, p. 7114	§270
	15 janvier 1975	Interruption volontaire de grossesse	74-54 DC, *JORF*, 16 janvier 1975, p. 671	§403
	11 octobre 1984	Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse	84-181 DC, *JORF*, 13 octobre 1984, p. 3200	§464
	25 janvier 1985	Loi instaurant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie	85-187 DC, *JORF*, 26 janvier 1985, p. 1137	§425
	3 septembre 1986	Loi relative à l'application des peines	86-214 DC, *JORF*, 5 septembre 1986, p. 10788	§464
	8 juillet 1989	Loi portant amnistie	89-258 DC, *JORF*, 11 juillet 1989, p. 8734	§357
	11 janvier 1990	Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques	89-271 DC, *JORF*, 13 janvier 1990, p. 573	§357

	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	96-377 DC, *JORF*, 23 juillet 1996, p. 11108	§464
	22 janvier 1999	Loi autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale	98-408 DC, *JORF*, 24 janvier 1999, p. 1317	§§265, 355, 362, 366
	15 mars 1999	Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes	99-421 DC, *JORF*, 22 décembre 1999, p. 19041	§425
	29 juillet 2004	Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés	2004-499 DC, *JORF*, 7 août 2004, p. 14087	§459
	21 avril 2005	Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école	2005-512 DC, *JORF*, 24 avril 2005, p. 7173	§422
	31 janvier 2006	Loi portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés	200-203 L, *JORF*, 2 février 2006, p. 1747	§421
	27 juillet 2006	Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information	2006-540 DC, *JORF*, 3 août 2006, p. 11541	§459
	5 août 2010	Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale	2010-612 DC, *JORF*, 10 août 2010, p. 14682	§286, 355
	28 février 2012	Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi	2012-647 DC, *JORF*, 2 mars 2012, p. 3988	§§422, 425-426, 438, 468
	4 mai 2012	Définition du harcèlement sexuel	2012-240 QPC, *JORF*, 5 mai 2012, p. 8015	§464

Cour de cassation (Chambres réunies)	26 juillet 1950		*Bull*. n° 218, p. 353 ; *J.C.P. éd. G*, 1950, II, 5808, note BROUCHOT ; *R.S.C*., 1951, p. 110, obs. HUGUENEY ; *R.S.C*., 1953, p. 334, obs. HUGUENEY	§101
	13 décembre 1950		*Bull*. n° 284, p. 469	§101
Cour de cassation (Assemblée plénière)	11 juin 2004		n° 98-82623, *Bull. A.P*. n° 1, p. 1	§237
Cour de cassation (Chambre criminelle)	22 août 1912		*Bull. crim*. n° 464, p. 859 ; *Dalloz*, 1914, Jurisprudence, p. 75	§54
	10 juin 1931		*Recueil Sirey*, I, p. 142	§357
	24 juillet 1946		*Bull. crim*. n° 170, p. 254	§99
	8 janvier 1947		*Bull. crim.* n° 11, p. 15	§99
	30 décembre 1948		*Bull. crim.* n° 310, p. 467	§101
	31 mars 1949		*Bull. crim.* n° 128, p. 203	§99
	25 mai 1949		*Bull. crim.* n° 187, p. 292 ; *R.S.C*., 1950, p. 229, obs. HUGUENEY	§101
	16 février 1950		*Bull. crim*. n° 90, p. 58	§101
	24 mars 1953		*Bull. crim.* n° 117, p. 194	§101
	11 février 1954	Bardèche	*Bull. crim*. n° 71, p. 123 ; *R.S.C*., 1954, p. 367, obs. HUGUENEY ; *J.C.P. éd. G.,* 1954, I, 7994 ; *Gaz. Pal*., 1954, 1, p. 131	§55
	27 juillet 1954		*Bull. crim*. n° 278, p. 479	§101
	10 février 1955		*Bull. crim.* n° 96, p. 167	§101
	17 mars 1955		*Bull. crim.* n° 159, p. 281	§101
	6 février 1975	Touvier	n° 74-91.949 ; *Bull. crim*. n° 42, p. 113 ; *Dalloz*, 1975, Jurisprudence, p. 386, rapport CHAPAR, note COSTE-FLORET ; *R.S.C*., 1976, p. 97, observations VITU	§§220, 229
	3 juin 1975	Respino	n° 75-90.687, *Bull. crim.* n° 141, p. 382	§263
	12 avril 1976		n° 74-92.515, *Bull. crim*. n° 112, p. 273	§175
	30 juin 1976	Touvier	n° 75-93.296 ; *Bull. crim*. n° 236, p. 620 ; *Gaz. Pal.*, 1976, p. 699, note M. P. ; *J.D.I. Clunet*, 1976, p. 903, note RUZIÉ ; *J.C.P. éd. G*., 1976, II, 18435, rapport MONGIN ; *Dalloz*, 1977, Jurisprudence, p. 1, note COSTE-FLORET	§§213 ; 216-217
	18 novembre 1980		n° 80-93.309, *Bull. crim*. n° 305, p. 778	§180
	21 octobre 1982	Leguay	n° 81-93.743, *Bull. crim*. n° 231, p. 629	§221
	28 juin 1983		n° 82-92.904, *Bull. crim*. n° 202, p. 518 ; *Gaz. Pal*., 1985, II, p. 707	§175

	26 janvier 1984	Barbie	n° 83-94,425 *Bull. crim*. n° 34, p. 20 ; *Gaz. Pal*., 1984, n° 102-103, p. 8, rapport LE GUNEHEC, conclusions DONTEWILLE ; *J.C.P. éd. G*., 1984, II, 20197, note RUZIE	§§212-213
	20 décembre 1985	Barbie	n° 85-95.166, *Bull. crim*. n° 407, p. 1053 ; *J.D.I. Clunet*, 1986, p. 151, note EDELMAN ; *J.C.P éd. G*., 1986, II, 20655, rapport LE GUNEHEC, conclusions Dontenwille ; *Dalloz*, 1986, p. 500, note CHAPAR ; *R.G.D.I.P*, 1986, p. 1023, note ROUSSEAU ; *R.S.C*., 1987, p. 275, observations LOMBOIS	§§222-227, 309
	11 février 1987	Papon	n° 87-80.612, *Bull. crim*. n° 70, p. 190	§237
	3 juin 1988	Barbie	n° 87-84.240, *Bull. crim.* n° 246, p. 637 ; *J.C.P. éd. G*., 1988, II, 21149, rapport ANGEVIN	§§212, 226, 304
	29 novembre 1988	Lakhdar-Toumi	n° 86-91.661, inédit	§§220, 229, 368
	29 novembre 1988	Yacoub	n° 87-80,566, inédit	§§220, 229, 368
	31 janvier 1991	Bousquet	n° 90-87.177, n° 90-87.178 et n° 90-87.179, *Bull. crim.* n° 54, p. 132 ; *Dalloz*, 1991, Jurisprudence, p. 259, note BRAUNSCHWEIG	§220
	27 novembre 1992	Touvier	n° 92-82.409, *Bull. crim.* n° 394, p. 1082 ; *J.C.P. éd. G.*, 1993, II, 17977, note DOBKINE	§§230, 304
	23 février 1993	Guionnet	n° 92-83.478, *Bull. crim*. n° 86, p. 208	§§385, 403
	1er avril 1993	Boudarel	n° 92-82.273, *Bull. crim*. n° 143, p. 351 ; *R.G.D.I.P*., avril 1994, n° 38, note ROBERT	§§230, 355, 368
	20 décembre 1994		n° 93-80.267, *Bull. crim*. n° 424, p. 1031	§§385, 403
	26 mars 1996	Javor et autres	n° 95-81.527, *Bull. crim.* n° 132, p. 379 ; *R.S.C*., 1995, p. 399, obs. LOMBOIS	§346
	21 mai 1996		n° 94-83.370, *Bull. crim.* n° 209, p. 592	§410
	23 janvier 1997	Papon	n° 96-84822, *Bull. crim*. n° 32, p. 86 ; *Dalloz*, 1997, Jurisprudence, p. 147, note PRADEL ; *Droit pénal*, 1997, comm. 38	§§220, 237
	17 juin 1997		n° 94-85.126, *Bull. crim*. n° 236, p. 786	§§387-388
	6 janvier 1998	Wenceslas Munyeshyaka	n° 96-82.491, *Bull. crim.* n° 2, p. 3 ; *R.S.C*., 1998, p. 837 ; *J.C.P. éd. G*., 1998, n° 19, IV, 2025	§346
	29 janvier 1998		n° 96-82.731, inédit	§387
	30 mai 2000		n° 99-84.024, *Bull. crim.* n° 204, p. 600	§§355, 368

	23 octobre 2002	Ely Ould Dah	n° 02-85.379, *Bull. crim.* n° 1995, p. 725 ; *R.S.C.*, 2003, p. 425	§346
	5 novembre 2002		n° 01-88.461, *Bull. crim.* n° 200, p. 745	§§355, 368
	17 juin 2003		n° 02-80.719, *Bull. crim.* n° 122, p. 465 ; *Dalloz*, 2003, Jurisprudence, p. 1879	§368
	28 septembre 2004		n° 04-80.688, *Bull. crim.* n° 223, p. 796	§410
	28 novembre 2006		n° 06-80.340, *Bull. crim.* n° 300, p. 1080	§410
	23 juin 2009		n° 08-82.521, *Bull. crim.* n° 132 ; *A.J. Pénal*, 2009, p. 409, note ROYER ; *R.S.C.*, 2010, p. 170, note FRANCILLON	§387
	7 mai 2010		n° 09-80.774, QPC, inédit	§§400, 426
	5 février 2013		n° 11-85.909, *Bull. crim.* n° 38 ; *Dalloz*, 2013, Jurisprudence, p. 805, note EGÉA	§§377, 422
Cour de cassation (commission de réexamen des condamnations pénales)	26 février 2004	Papon	n° 03RDH005, *Bull. crim. COM.REX.* n° 2, p. 2	§237
Conseil d'Etat	10 février 1992	Roques	n° 96124, *recueil Lebon*, p. 54	§178
Cour d'appel de Paris	19 mars 1952	Bardèche	*Dalloz,* 1952, Jurisprudence, p. 694 ; *Gaz. Pal.* 1952, 1, p. 302	§§55, 383
	25 février 1959		*Dalloz,* 1959, Jurisprudence, p. 552	§55
	23 juin 1982	Faurisson	Jurisdata 1982-022836	§178
	26 avril 1983	Faurisson	Texte de l'arrêt disponible in B. JOUANNEAU, *La Justice et l'Histoire face au négationnisme. Au cœur d'un procès*, pp. 298-309	§178
	31 octobre 1990		*Gaz. Pal.,* 1991, p. 311, note BILGER	§410
	13 avril 1992	Touvier	Jurisdata 1992-603920	§230
	21 mai 1992		Jurisdata 1992-021334	§403
	9 décembre 1992		*Légipresse* n° 103, 1993, III, p. 90	§403
	24 novembre 1994	Javor et autres	*R.S.C.*, 1995, p. 399, obs. LOMBOIS	§346
	16 décembre 1998	Garaudy	*Légipresse* n° 159, 1999, III, p. 31	§411
	8 novembre 2006			§422
Cour d'appel de Grenoble	9 juillet 1973		*Dalloz,* 1973, Jurisprudence, p. 489	§179
Cour d'appel de Lyon	4 octobre 1985	Barbie		§§216, 222
Cour d'appel de Versailles	18 mars 1991	Le Pen	Jurisdata 1991-043351	§383
Cour d'appel d'Aix-en-Provence	7 janvier 1993		Jurisdata 1993-040945	§403
Cour d'Assises de Paris	14 mars 2014	Simbikangwa	fax-similé de la décision disponible **[en ligne]** sur http://proces-genocide-rwanda.fr/wp-content/uploads/2014/04/scan005.pdf	§346

TGI de Paris	8 juillet 1981	Faurisson	*Dalloz*, 1982, Jurisprudence, p. 59, note EDELMAN	§178
	18 avril 1991			§387
	18 novembre 1994			§425
	15 novembre 2004			§422
Tribunal correctionnel de Paris	3 juillet 1981	Faurisson		§178
Tribunal administratif de Nantes	18 janvier 1988	Roques		§178
Haute Cour de Justice	15 août 1945	Pétain	*Procès du Maréchal Pétain, compte-rendu in extenso des audiences transmis par le Secrétariat général de la Haute Cour de Justice*, p. 385	§114
	9 décembre 1947	Darquier de Pellepoix		§177
	23 juin 1949	Bousquet		§110
Cour de Justice de Lyon	10 septembre 1946	Touvier		§164
Cour de Justice de Chambéry	4 mars 1947	Touvier		§164
Tribunal militaire de Paris	22 juillet 1949	Otto Abetz		§103
	9 octobre 1954	Oberg et Knochen		§110
Tribunal militaire de Bordeaux	20 février 1952	Schlüter		§254
	13 février 1953	Massacre d'Oradour-sur-Glane		§47

Table de jurisprudence allemande (juridictions internes)				
Bundesverfassungsgericht	15 janvier 1958		1, BvR 400/51, *BVerfGE* 7, p. 1987	§398
	15 décembre 1959		1, BvL 10/55, *BVerfGE* 10, p. 234	§360
	18 octobre 1967		1, BvR 248/63, BvR 216/67, *BVerfGE* 22, p. 293	§441
	16 juillet 1969		2, BvL 2/69, *BVerfGE* 27, p. 18	§464
	9 juin 1971		2, BvR 225/69, *BVerfGE* 31, p. 145	§441
	29 mai 1974	Solange I	2, BvL 52/71, *BVerfGE* 37, p. 271	§§440-441
	25 février 1975		1, BvF 1/74, BvF 2/74, BvF 3/74, BvF 4/74, BvF 5/74, BvF 6/74, *BVerfGE* 39, p. 1	§462
	22 juin 1982		1, BvR 1376/79, *BVerfGE* 61, p. 1	§399
	17 mai 1983		2, BvR 731/80, *BVerfGE* 64, p. 135	§404
	22 octobre 1986	Solange II	2, BvR 197/83, *BVerfGE* 73, p. 339	§§440-442
	26 mars 1987		2, BvR 589/79, BvR 750/81, BvR 284/85, *BVerfGE* 74, p. 358	§404

	28 mai 1993		2, BvF 2/90, BvF 4/90, BvF 5/92, *BVerfGE* 88, p. 203	§462
	11 janvier 1994	Walendy	1, BvR 434/87, *BVerfGE* 90, p. 1	§§390, 393
	10 février 1994	Otto Ernst Remer	2, BvR 2687/93, *StV* 1994, p. 432	§405
	13 avril 1994		1, BvR 23/94, *BVerfGE* 90, p. 241	§392
	12 décembre 2000		2, BvR 1290/99, *NStZ* 2001, p. 243	§335
	14 octobre 2004	Görgülü	2, BvR 1481/04, *BVerfGE* 111, p. 307	§§404-405
	25 mars 2008		1, BvR 1753/03, *NJW* 2009, p. 908	§398
	4 février 2010		1, BvR 369/04, BvR 370/04, BvR 371/04, *NJW* 2010, p. 2193	§398
Bundesgerichtshof	27 mars 1956		2, StR 455/55	§244
	21 avril 1961		3, StR 55/60, *BGHSt* 16, p. 49	§390
	26 janvier 1983		3, StR 414/82, *BGHSt* 31, p. 226	§412
	14 novembre 1984		3, StR 449/84, *NStZ* 1985, pp. 165	§412
	16 décembre 1993	Otto Ernst Remer	1, ZR 285/91, *NJW* 1994, p. 1071	§405
	13 février 1994		1, BGs 100/94, *NStZ*, 1994, p. 233	§335
	15 mars 1994		1, StR 179/93, *BGHSt* 40, p. 97	§412
	26 juillet 1994		5, StR 98/94, *BGHSt* 40, p. 218	§247
	30 avril 1999	Jorgic	3, StR 215/98, *NStZ* 1999, p. 396	§§301, 329
	12 décembre 2000		1, StR 184/00, *NStZ* 2001, p. 243	§§394, 413
	21 février 2001	Kuslkic	3, StR 244/00, *NJW* 2001, p. 2732	§§331, 335
Oberstes Gericht der DDR	29 avril 1960	Oberländer		§80
Oberlandesgericht Dresde	25 juin 1947		*Juristische Rundschau* 1947, p. 92	§131
Oberlandesgericht Frankfurt am Main	18 janvier 2011	Onesphore	5-3, StE 4/10 – 4 – 3/10	§346
	18 février 2014	Onesphore	5-3, StE 4/10 – 4 – 3/10	§346
Oberlandesgericht Hamburg	18 février 1975		2, Ss 299/74, *NJW* 1975, p. 1088	§417
	18 juin 1980		1, Ss 37/80, *MDR* 1981, p. 71	§417
	19 octobre 2012	Procès des pirates	603 KLs 17/10	§340
Oberlandesgericht Nürnberg	22 février 2012	Williamson	1, St OLG Ss 240/11	§405
Oberlandesgericht Stuttgart	16 septembre 1977		3, Ss 497/77, *NJW* 1978, p. 715	§247
	18 septembre 1998		2, Ss 400/98, *NStZ* 1999, p. 246	§335
Oberlandesgericht Zweibrücken	24 juin 1994		1, Ss 80/94, *NStZ* 1994, p. 490	§417
Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg	17 mars 2006		1, S 26/06	§417
Landgericht Düsseldorf	3 septembre 1965	Camp de Treblinka (2)	8, I Ks 2/64	§249
	13 mai 1970	Stangl	8, Ks 1/69	§249

	30 juin 1981	Camp de Majdanek	8, Ks 1/75	§249
Landgericht Frankfurt am Main	3 mars 1951	Camp de Trebinka (1)	14/53 Ks 1/50	§249
	19 août 1965	Camp d'Auschwitz	4, Ks 2/63	§§190, 249
Landgericht Hagen	20 décembre 1966	Camp de Sobibor	11, Ks 1/64	§249
Landgericht Köln	11 février 1980	Hagen, Lischka et Heinrichsohn		§249
Landgericht München	21 janvier 1965	Camp de Belzec	110, Ks 3/64	§250
Landgericht Schweinfurt	22 octobre 1992	Otto Ernst Remer	1, KLs 8	§405
Landgericht Ulm	29 août 1958	Procès de l'Escadron	Ks 2/57	§190
Amtsgericht Regensburg (Ratisbonne)	16 avril 2010	Williamson		§405
	11 juillet 2011	Williamson		§405
	16 janvier 2013	Williamson		§405

Table de jurisprudence allemande (juridictions d'occupation)				
Tribunal général français de Rastatt - voir Y. PENDARIES, *Les Procès de Rastatt (1946-1954)*, p. 146 et suivantes.	5 juin 1946	Camp de Neue Bremm	Affaire n° 3/46	Pour une référence globale §§137-139
	28 août 1946	Hohenzollern	25/46	
	5 septembre 1946	Ehingen	29/46	
	1er févier 1947	Camps de Wurtemberg (1)	9/4	
	18 févier 1947	Prison de Rottenburg	13/47	
	18 mars 1947	Camps de Wurtemberg (2)	18/47, 82/47	
	25 mai 1947	Camps de Wurtemberg (3)	37/47	
	26 juin 1947	Weserhütte	48/47	
	31 juillet 1947	Treis-Brüttig	61/47	
	21 novembre 1947	Camps de Wurtemberg (4)	93/47	
	16 janvier 1948	Füsselberg	3/48	
	27 février 1948	Maybach	22/48	
	19 avril 1948	Leonberg	36/48	
	14 mai 1948	Camp de Porta	45/48	
	11 juin 1948	Prison de Sarrebruck	52/48	
	30 juin 1948	Roëchling	61/48, *Notes documentaires et études* n° 976, La Documentation Française, 12 août 1948	
	12 juillet 1948	Camp d'Hinzert (1)	66/48	
	16 septembre 1948	Halbergerhütte	85/48	

	27 septembre 1948	Camp de Geislingen	87/48	
	28 octobre 1948	Camp d'Hinzert (2)	94/48	
Tribunaux militaires américain de Nuremberg - voir *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council law no. 10*, 15 vol.	17 avril 1947	Milch	Affaire n° 2	Pour une référence globale §135
	20 août 1947	Procès des médecins	n° 1	
	3 novembre 1947	WVHA/Pohl	n° 4	
	14 décembre 1947	Procès des juristes	n° 3	
	22 décembre 1947	Flick	n° 5	
	19 février 1948	Procès des otages	n° 7	
	10 mars 1948	RuSHA	n° 8	
	10 avril 1948	Einsatzgruppen	n° 9	
	30 juillet 1948	I.G.-Farben	n° 6	
	31 juillet 1948	Krupp	n° 10	
	28 octobre 1948	OKW	n° 12	
	14 avril 1949	Procès de la Wilhelmstrasse	n° 11	
	2 août 1945	Rüsselsheim		§136
Tribunaux militaires britanniques - voir K. HASSEL, *Kriegsverbrechen vor Gericht*, p. 145 et suivantes.	17 novembre 1945	Camp de Bergen-Belsen (1)	Lüneburg - Affaire n° 100	Pour une référence globale §140
	8 mars 1946	Zyklon-B	Hamburg - 1461	
	3 mai 1946	Camp de Neuengamme (1)	Hamburg - 109	
	24 mai 1946	Camp de Bergen-Belsen (2)	Celle - 104	
	1 juin 1946	Camp de Struthof-Natzweiler (1)	Wuppertal - 1692	
	5 juin 1946	Camp de Struthof-Natzweiler (2)	Wuppertal - 1658	
	18 juin 1946	Camp de Bergen-Belsen (3)	Lünebourg - 106	
	13 juillet 1946	Camp de Neuengamme (2)	Hamburg - 1771	
	31 juillet 1946	Camp de Neuengamme (3)	Hamburg - 111	
	3 février 1947	Camp de Ravensbrück (1)	Hamburg - 122	
	21 mars 1947	Camp de Neuengamme (4)	Hamburg - 121	
	6 mai 1947	Kesselring	*Hors Allemagne (Venise)*	
	24 novembre 1947	Camp de Ravensbrück (2)	Hamburg - 125	
	26 avril 1948	Camp de Ravensbrück (3)	Hamburg - 134	
	4 juin 1948	Camp de Ravensbrück (4)	Hamburg - 136	
	29 juin 1948	Camp de Ravensbrück (5)	Hamburg - 1746	

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

- A -

Adenauer (Konrad), 75-79, 86, 185-187

Amnistie, 42-48, 82-85, 230-231, 357, 359-362, 368-369

- Lois d'amnistie collective, 44, 47, 83, 143, 160

Antisémitisme

- Antisionisme, 168

Apologie

- Crime de guerre, 53, 55-56, 174, 383, 423, 428, 431
- Crime contre l'humanité, 314, 383, 428, 431
- Eléments constitutifs, 54

Atteintes à la mémoire

- De la France combattante, 53-57, 174
- De la Shoah, 174-178, 383, 412
- Des autres crimes, 415s.

Auschwitz (procès du camp - Francfort), 190, 198, 249

- B -

Barbie (Klaus), 181, 222-226, 232, 234, 236, 239

Bardèche (Maurice), 55, 174, 178

Bidault (Georges), 39, 44, 51, 161

Bien juridique protégé

- A référent individuel, 454-455
- Définition, 446
- Diffus, 454-455
- Et droits fondamentaux, 459-462
- Et *ratio legis*, 451-452
- Contrôle des juges, 464-466

Bousquet (René), 177, 232, 254

Brandt (Willy), 194, 418

- C -

Clémence (mesures de)

* *voir Amnistie et Grâce*

Commémoration(s), 9, 13-14, 38, 40, 49, 181, 204, 418

Compétence universelle, 329s.

- Lien de rattachement à l'Etat, 335-337
- Déclenchement des poursuites, 338-341
- Double-incrimination, 343

Conseil de contrôle allié, 59, 124

Convention européenne des droits de l'homme, 17-18, 217, 263, 326-327, 403-407

Cour pénale internationale

- Complémentarité, 265-266, 325-326, 361

Crimes de bureau

- Participants à l'infraction, 197, 246-247
- Bilan répressif, 252

Crimes internationaux par nature (définition), 5-6

Crimes contre l'humanité (définition)

- Droit allemand, 124, 300, 320-323
- Droit français, 220-226, 303-309, 320-323

Crimes d'agression (définition), 6

Crimes de guerre (définition)

- Droit allemand, 123, 273-278, 291-293
- Droit français, 98-99, 273-278, 283-289

Culpabilité allemande

- Jaspers (Karl), 36, 71-72, 77

- D -

Darquier de Pellepoix (Louis), 177

De Gaulle (Charles)

* *voir Mythe gaullien*

Dénazification pénale, 129, 143

- Loi de libération du national-socialisme et du militarisme, 130
- Loi relative au châtiment des délits national-socialistes, 130
- Bilan, 143

Drancy (procès du camp de), 116

Droit coutumier, 292-293, 296

Droit de la guerre, 5

- Conventions de La Haye, 270, 296, 480

Droit humanitaire, 5

- Conventions de Genève, 100-101, 243, 270, 296

- E -

***Einsatzgruppen* (procès des – Ulm),** 190, 195, 197

Elysée (Traité de), 103, 186

Esclavage, 6, 124, 316, 421, 439, 482

- Sexuel, 288, 322

Epuration

- Sauvage, 90
- Légale, 18, 91-96

- F -

Faurisson (Robert), 178, 180, 383, 403, 412

- G -

Garaudy (Roger), 407, 409

Génération (définition), 26-27

Génocide (définition), 243, 301, 306, 313, 319

Génocide arménien, 415, 418, 421, 425-426, 437-439, 462, 468, 480

Génocide juif

* *voir Judéocide et Shoah*

Grâce, 164, 357, 363-366, 368-369

- H -

***Historikerstreit*,** 194, 200-203, 413

***Holocaust* (Chomsky M.),** 162, 191

Holocauste (définition), 107

- I -

Imprescriptibilité

- Crimes commis en Algérie (non-), 229
- Crimes commis en Indochine (non-), 230
- Loi constatant l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, 211s.
- *Strafrechtsänderungsgesetzes* (1969), 197, 351
- *Strafrechtsänderungsgesetzes* (1979), 197, 244, 351
- Code pénal français (1994), 351
- Völkerstrafgesetzbuch, 352-354
- Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI, 352, 355

Indemnisation des victimes, 73-76

- J -

Judéocide (définition), 159

- Bilan humain, 4

- L -

***Le Chagrin et la Pitié* (Ophüls M.),** 161-163

Légalité criminelle

- Exigence d'un texte interne, 216, 243
- Nécessité et proportionnalité, 458-462
- Non-rétroactivité, 216, 243

Leguay (Jean), 221

Le Pen (Jean-Marie), 383

Liberté d'expression, 381, 396s., 471

Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié, 70, 120-121

- Et autres textes normatifs, 128, 130
- Incriminations, 70, 122-123
- Répartition des compétences, 126-129, 131

Lois mémorielles

- Définition – typologie, 421-423
- Et recherche historique, 470-472
- Loi Gayssot, 383s., 400, 403, 406-411, 420-423
- Loi relative à la reconnaissance du génocide arménien, 420-423, 439, 471
- Loi Taubira, 377, 420-423
- Loi Mekachera, 420-423, 437

- M -

Mémoire

- Collective, 8-10
- Concurrence (des), 484-485
- Devoir (de), 8, 348, 375, 421, 470-471, 477, 487
- Lieux (de), 51, 498
- Officielle, 10

Mémoire juive, 38, 105, 159, 166-172

***Mord*,** 197, 244

Moscou (déclaration de), 5, 61, 127

Moulin (Jean), 51, 160

Mythe gaullien

** voir Resistancialisme*

- Construction, 49s.
- Déconstruction, 160-164

- N -

Négationnisme (définition), 380

- *Auschwitlüge – Auschwitzleungung*, 412
- Article 24 bis de la loi sur la liberté de la presse, 383-388
- Paragraphe 130 alinéa 3 StGB, 390-394
- Décision-cadre 2008/913/JAI, 428-435
- Et lutte contre le racisme, 410-414

Nuremberg

** voir Procès de Nuremberg*

- O -

Offenses à caractère discriminatoire, 15, 157

Ordonnance relative à la répression des crimes de guerre ennemis, 97s., 275

- Nationaux ennemis, 98-99
- Tribunaux militaires (composition), 100
- Tribunaux militaires (compétences), 101-102

Organisations criminelles

- Statut de Nuremberg, 67
- Jugement de Nuremberg, 68-69
- Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié, 70

- P -

Papon (Maurice), 237-238, 474

Pétain (Philippe), 111-115

- Néo-pétainisme, 43, 56, 170

Politiques mémorielles (définition), 11-13

Potsdam (conférence de), 74

Procès de Nuremberg

- Procès du TMI

** voir Tribunal militaire international*

- Procès subséquents, 135

Procès tardifs

- Médiatisation, 190, 236, 249
- Rôle symbolique, 233-235, 249

- R -

Rastatt (procès de), 137-139

Régime mémoriel (définition), 13

- De la Shoah (victimo-), 158, 173s.
- D'unité nationale, 36s.

Remer (Otto Ernst), 405

Résistancialisme, 36, 51

- Résistantialisme, 56

Roques (Henri), 178, 383

- S -

Shoah (définition), 107

- T -

Touvier (Paul), 164, 220, 230, 236, 368

Tribunaux allemands d'après-guerre

- Compétences, 129-131
- Bilan d'activité, 142-146

Tribunal militaire international, 5, 61s.

- Jugement, 65, 69, 107

Tribunaux d'occupation

- Compétences, 127-128
- Bilan d'activité, 134-141

Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, 263, 277, 288

Tribunaux pénaux internationalisés, 263

- V -

Vallat (Xavier), 116, 167

Vergangenheitspolitik, 103

Völkerstrafgesetzbuch

- Génèse, 266
- Incriminations, 291-296, 313-316, 319-323
- Procédure, 333, 335

- W -

Wieskäcker (Richard, Von), 183

Williamson (Richard), 405

- Y -

Yalta (conférence de), 74

- Z -

***Zentrale Stelle* (Ludwigsbourg),** 195s.

- Statuts, 196
- Bilan d'activité, 198

TABLE DES MATIÈRES

RESUME ET MOTS-CLES – ABSTRACT AND KEYWORDS **9**

SOMMAIRE **11**

LISTE DES ABREVIATIONS **13**

INTRODUCTION **17**

PARTIE I. TRAITEMENT DES CRIMES DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE **53**

TITRE I. LE TEMPS DES CRIMES DE GUERRE **59**

Chapitre I. Evidence des statuts vainqueur-vaincu **63**

Section I. En France : Double discours, « unité nationale » et « mythe résistancialiste » 68

§ 1. Forcer l'oubli des crimes vichystes 69

A. Un but : réconciliation et reconstruction nationales 70

B. Un moyen : l'amnistie, « oubli-dissimulation » 72

§ 2. Forger une mémoire officielle 80

A. La glorification des « morts pour la patrie » 81

B. La protection de la mémoire combattante 83

Section II. En Allemagne : Double culpabilité, « du dehors » et « du dedans » 89

§ 1. S'acquitter d'une responsabilité internationale 91

A. La responsabilité pénale des individus 94

B. La responsabilité pénale *sui generis* des organisations criminelles 97

C. La responsabilité civile de l'Etat 104

§ 2. Assumer le passé nazi 108

A. L'Allemagne fédérale, héritière exclusive 109

B. L'amnistie, un refoulement nécessaire 112

Conclusion du chapitre I 115

Chapitre II. Incidences sur les procédures pénales **117**

Section I. En France : Justice politisée 120

§ 1. Les personnes poursuivies 121

A. Les traitres français : l'Epuration 122

B. Les ennemis étrangers : l'ordonnance du 28 août 1944 127

§ 2. Les crimes racistes oubliés 136

A. L'absence d'outil spécifique 137

B. Le silence de la jurisprudence 140

Section II. En Allemagne : Justice sous tutelle 149

§ 1. La loi n° 10 151

A. L'harmonisation des incriminations 153

B. La répartition des compétences 156

1. Les juridictions d'occupation 157

2. Les juridictions allemandes 159

§ 2. Les procédures 164

A. Devant les tribunaux militaires alliés 164

1. En zone américaine 164
2. En zone française 167
3. En zone britannique 170
B. Devant les tribunaux allemands 171
1. En zone américaine 171
2. En zones française et britannique 173
Conclusion du chapitre II 179
CONCLUSION DU TITRE I 181

TITRE II. LE TEMPS DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE 183
Chapitre I. Changement d'état d'esprit de la nouvelle génération 189
Section I. En France : Du « miroir brisé » à la mise en lumière des offenses à caractère discriminatoire 192
§ 1. Résurgence de la mémoire juive 194
A. L'effritement du mythe gaullien 194
B. Le travail de mémoire de la communauté juive 202
§ 2. Régime « victimo-mémoriel de la Shoah » 208
A. Les prémisses de la protection de la mémoire des victimes 208
B. La nécessité d'un relais scientifique et politique 215
Section II. En Allemagne : Volonté de « liquidation du passé nazi » 220
§ 1. Le contexte 221
A. L'implication allemande dans la construction européenne 222
B. L'amplification des critiques 226
§ 2. Les manifestations 231
A. La création d'un service d'enquête : la *Zentrale Stelle* de Ludwigsbourg 232
B. L'ouverture d'un débat entre intellectuels : *l'Historikerstreit* 236
Conclusion du chapitre I 243
Chapitre II. Incidences sur les procédures pénales 245
Section I En France : Construction de l'imprescriptibilité 248
§ 1. L'intégration de la notion de crime contre l'humanité 249
A. La création d'une catégorie normative particulière 250
B. La controverse sur la rétroactivité induite par le texte 255
C. La définition jurisprudentielle du contenu 259
1. D'une définition inexistante à une définition insatisfaisante 259
2. Un champ d'application injustement limité 267
§ 2. Trois grands procès symboliques 272
Section II. En Allemagne : Contraintes de la légalité 283
§ 1. Des fondements juridiques inadaptés 285
A. La qualification de l'acte commis 285
B. Les modalités de participation à l'infraction 288
§ 2. Des centaines de personnes poursuivies 292
Conclusion du chapitre II 299
CONCLUSION DU TITRE II 302

CONCLUSION DE LA PARTIE I. 305

PARTIE II. PROLONGEMENTS EN DROIT CONTEMPORAIN 309

TITRE I. LA STABILISATION DU DROIT DES CRIMES 315
Chapitre I. Définition des incriminations 321
Section I. Définition du crime de guerre 324
§ 1. Absence d'incrimination autonome avant l'institution de la CPI 325
A. Recours au droit militaire 327
B. Recours au droit pénal commun 328
1. Principe 329
2. Critique 331
§ 2. Création d'un droit spécifique depuis l'institution de la CPI 333
A. Le droit français, en-deça du Statut de Rome 337
1. Fidélité 338
2. Réticences 340
B. Le droit allemand, au-delà du Statut de Rome 342
1. Prise en compte du droit coutumier 343
2. Classification singulière 345
Section II. Définition du crime contre l'humanité 347
§ 1. Divergences manifestes avant l'institution de la CPI 348
A. Unique incrimination en droit allemand 348
B. Conception extensive du crime contre l'humanité en France 350
1. Génocide comme crime contre l'humanité 353
2. Crime contre l'humanité au sens strict 355
3. Crime contre l'humanité commis en temps de guerre 355
§ 2. Convergences limitées depuis l'institution de la CPI 358
A. Harmonisation des qualifications 358
1. Génocide 358
2. Crime contre l'humanité 360
B. Divergences persistantes dans les infractions 361
1. Génocide 361
2. Crime contre l'humanité 362
Conclusion du chapitre I 366
Chapitre II. Régime procédural applicable 367
Section I. Compétence universelle 373
§ 1. Applicabilité tardive du principe d'universalité aux crimes de guerre et contre l'humanité 375
§ 2. Divergences persistantes sur les conditions d'application 377
A. Lien de rattachement avec l'Etat 377
B. Monopole des poursuites pour le ministère public 381
C. Double incrimination 387
Section II. Droit ou non-droit à l'oubli 391
§ 1. Prescription 392
A. Consensus quant au génocide et aux crimes contre l'humanité 395
B. Dissensus quant aux crimes de guerre 397

§ 2. Amnistie et grâce 401
A. Absence de prohibition textuelle 403
1. Amnistie 404
2. Grâce 407
B. Application pratique limitée 410
Conclusion du chapitre II 413
CONCLUSION DU TITRE I 415

TITRE II. LA CONSTRUCTION D'UN DROIT MEMORIEL 419
Chapitre I. Apparition de nouveaux délits 425
Section I. Atteinte à la mémoire des crimes de la Seconde Guerre mondiale 428
§ 1. Incrimination du négationnisme 430
A. En France : l'article 24 bis de la loi sur la liberté de la presse 431
B. En Allemagne : le paragraphe 130 alinéa 3 StGB 439
§ 2. Articulation avec la liberté d'opinion et d'expression 444
A. Au regard du droit constitutionnel 445
B. Au regard du droit conventionnel 449
§ 3. Négationnisme et lutte contre le racisme 458
Section II. Atteinte à la mémoire des autres crimes 464
§ 1. Absence de pénalisation interne formelle 465
A. En Allemagne : aucune loi spécifique 466
B. En France : des lois anormatives 469
§ 2. Portée de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union 479
A. Contenu de la décision-cadre 481
B. Conséquences envisageables en France et en Allemagne 485
1. En France : vers une pénalisation généralisée ? 485
2. En Allemagne : vers une extension de la répression *a minima* ? 488
Conclusion du chapitre I 492
Chapitre II. La mémoire des crimes, bien juridique pénalement protégé ? 495
Section I. Méthodologie de l'identification des biens juridiques pénalement protégés 501
§ 1. Appréhender les limites du concept de bien juridique protégé 502
A. Se garder de l'amalgame entre *ratio legis* et bien juridique protégé 502
B. Eviter la dématérialisation du bien juridique protégé 504
§ 2. Apprécier la nécessité et la proportionnalité de l'incrimination 507
A. Respecter les limites fondamentales 507
B. Renforcer le contrôle des juges 512
Section II. Contestation du recours au droit pénal pour la protection de la mémoire 516
§ 1. Le droit pénal doit-il protéger la mémoire ? 518
A. Une pénalisation de la recherche historique 518
B. Un droit pénal « promotionnel » 522
§ 2. Le droit pénal peut-il protéger la mémoire ? 526
A. Une utilisation anachronique de concepts contemporains 526
B. Une concurrence des mémoires victimaires 530

Conclusion du chapitre II 533
CONCLUSION DU TITRE II 535

CONCLUSION DE LA PARTIE II. 537

CONCLUSION GENERALE 541

ANNEXES ..... sur CD-rom
Annexe I. a. Chronologie France
Annexe I. b. Chronologie Allemagne
Annexe II. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Extraits)
Annexe III. Textes répressifs alliés d'immédiat après-guerre en Allemagne (Extraits)
Annexe IV. Textes répressifs d'immédiat après-guerre en France (Extraits)
Annexe V. Discours de Richard Von Weiszäcker (Extraits)
Annexe VI. Actualité de procédures contre les criminels nazis devant les tribunaux allemands (2000-2014)
Annexe VII. Délais de prescription de droit commun de l'action publique et de la peine
Annexe VIII. Rapport de la Commission au Parlement et au Conseil relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/913/JAI (Extraits)

BIBLIOGRAPHIE 549

TABLE DES TEXTES OFFICIELS 611

TABLE DE JURISPRUDENCE 627

INDEX 639

TABLE DES MATIERES 645