

Droit et MÉMOIRE

Michel Zaoui

Avocat au barreau de Paris,

il a notamment été l'avocat

de parties civiles lors des procès

Barbie, Touvier et Papon.

La question des rapports entre mémoire et droit est une question gigantesque qui impliquerait un très long développement. Cependant, j'ai pensé que cette question pouvait être abordée sous deux angles différents : sous l'angle des procès, puis sous l'angle de la loi.

En liminaire, je voudrais abonder totalement dans le sens de la conclusion de Shmuel Trigano : il y a en effet une dimension dans tous ces débats, sur la mémoire, dimension que l'on omet trop souvent, et qui est celle du statut de victime. En tant que juriste, j'ai le sentiment qu'aujourd'hui c'est la victime qui, très fréquemment, fait le droit. Aujourd'hui, la véritable reconnaissance publique, l'expression de la reconnaissance sociale, c'est le statut de victime. C'est un phénomène qui date pour moi des années 1985, au moment du procès Barbie. Je crois que ce statut de victime et son implication dans la vie de la société, on le rencontre tous les jours dans les médias, et en particulier à la télévision, dans tous les discours publics. On observera que c'est toujours la victime, ou le groupe de victimes, ou une revendication victimaire qui est mise en avant. Ce phénomène atteint une telle ampleur que la victime aujourd'hui bouscule le droit, bouscule même le statut des historiens.

Il peut paraître curieux de relier mémoire et droit, et l'on peut tenter d'en connaître l'articulation. C'est au travers de la notion d'imprescriptibilité que

cette articulation peut être faite. Comme on le sait, notre procédure pénale en France repose notamment, à la différence des pays anglo-saxons, sur le principe de la prescription des infractions. La prescription, en matière criminelle, signifie que si un crime a été commis mais qu'aucune poursuite n'a été engagée après la commission de ce crime, ces poursuites seront prescrites après 10 années.

En revanche, l'imprescriptibilité signifie que l'auteur d'un acte qualifié de crime contre l'humanité peut être poursuivi toute sa vie durant. On a vu le cas de Maurice Papon qui, en réalité, a d'abord été victime de son âge puisque son procès a commencé alors qu'il avait 87/88 ans. Mais cela mis à part, Maurice Papon pouvait être poursuivi même 60 ans après les faits. Cette imprescriptibilité est rentrée dans notre procédure pénale le 26 décembre 1964 et elle concerne le crime contre l'humanité tel qu'il a été défini lors de l'accord de Londres et appliqué lors du procès de Nuremberg en 1945.

Avec cette notion d'imprescriptibilité, les notions de mémoire, d'histoire et de droit vont commencer à se lier et il sera parfois très difficile de faire la distinction précise de ce qui relève de chacune de ces catégories. Et cela est tellement vrai que lors des procès Barbie, Touvier et Papon, les parties civiles avaient convoqué devant les Cours d'Assises des historiens pour venir dire ce qu'était Vichy, ce que signifiait la collaboration, ce qu'était le nazisme, etc. Et la défense bien évidemment de contester la présence des historiens durant ces procès en disant que ceux-ci n'avaient rien à faire dans un procès criminel puisqu'ils ne pouvaient pas témoigner des faits qui étaient reprochés à chacun de ces trois accusés.

Les parties civiles que nous représentions ont alors répliqué que nous ne demandions pas aux historiens de venir dire si Maurice Papon avait commis tel ou tel acte, mais que nous leur demandions de venir dire aux jurés et aux juges, qui pour la plupart étaient nés après guerre, quels étaient les rapports entre les autorités allemandes et le régime de Vichy par exemple. C'était une façon de « planter le décor », mais cela peut s'avérer délicat car le regard que les historiens ont posé sur cette période du xx^e siècle s'est progressivement modifié.

Lorsqu'on évoque la mémoire, on évoque bien sûr les victimes comme je l'ai fait au début de mon propos. J'indiquais qu'une grande confusion s'est installée à partir de 1985, deux ans avant le déroulement du procès de Klaus Barbie. Il était posé alors la question à la Cour de Cassation de savoir qui était victime de ce gestapiste. Les premiers plaignants étaient bien évidemment des survivants ou des associations juives qui considéraient avoir été victimes de crimes contre l'humanité. Ces crimes concernaient bien évidemment les juifs qui avaient été exterminés par les nazis dans le cadre d'une politique crimi-

nelle industrielle et systématique. La question s'était posée de savoir si les associations de résistants qui avaient été bien évidemment victimes de crimes odieux de la part de Klaus Barbie pouvaient se présenter devant la Cour d'Assises comme étant également victimes de crimes contre l'humanité. Il y eut alors un grand débat qui risquait de provoquer une fracture dans la société française. En effet, si les associations de résistants étaient écartées, certains disaient alors que la loi concernant les crimes contre l'humanité ne concernait que les juifs. Si le crime contre l'humanité ne concerne que ces derniers, on peut aisément imaginer que cela ne manquerait pas d'entraîner des réactions hostiles, des réactions antisémites. Je ne veux pas rentrer ici dans l'analyse juridique qui a conduit les juges de la Cour de Cassation à admettre les associations de résistants comme victimes de crimes contre l'humanité. Il est plus important d'analyser cette situation au regard de ce qui est prescrit ou de ce qui est imprescriptible. Les résistants étaient bien évidemment victimes de crimes de guerre de la part de Klaus Barbie puisqu'ils avaient pris la décision de lutter contre l'occupant en prenant les armes, ou par tout autre moyen. Or, le crime de guerre était prescrit et l'application des règles de procédure interdisait donc aux associations de résistants de venir réclamer justice contre Klaus Barbie devant la Cour d'Assises. Différences de crimes, différences de statuts juridiques, mais insatisfaction sur le plan moral puisque celui que l'on avait appelé « le boucher de Lyon » ne serait pas jugé pour les crimes qu'il avait commis contre les résistants qui avaient été torturés à Lyon et déportés.

Il aurait fallu que le crime de guerre soit imprescriptible au même titre que le crime contre l'humanité. Or la France n'avait pas ratifié deux traités internationaux qui avaient fait des crimes de guerre un crime imprescriptible. Si la France avait ratifié ces traités internationaux, les crimes de guerre auraient été imprescriptibles et nous aurions eu alors une situation claire où, d'un côté, les victimes juives seraient venues réclamer justice en raison des crimes contre l'humanité commis par Klaus Barbie, et, d'un autre côté, les résistants en raison des crimes de guerre commis par ce même nazi. Les juges de la Cour de Cassation ont donc trouvé une solution pour admettre les associations de résistants comme victimes de Klaus Barbie pour de crimes imprescriptibles : considérer ces crimes de guerre comme étant des crimes contre l'humanité. Il y avait là une sorte de tour de passe-passe juridique historique et moral. La notion de crime contre l'humanité se trouvait donc considérablement élargie au point de perdre sa signification profonde.

Moi-même j'avais cédé face à cette décision de la Cour de Cassation en disant que l'on ne pouvait pas faire la distinction dans le dernier convoi qui avait quitté Lyon pour Auschwitz entre le wagon N° 3 où il y avait des Juifs, et

le wagon N° 12 où il y avait des résistants. Nous ne pouvions pas refuser leur place aux résistants, mais c'était au prix d'une extension particulièrement dangereuse de la notion de crime contre l'humanité. C'était aussi le prix à payer pour maintenir une paix civile. Mais nous ne devons pas oublier que la France avait alors refusé ces ratifications de textes internationaux car elle pensait se protéger contre tous les procès consécutifs à la décolonisation. Beaucoup ont du sang sur les mains dans le cadre de cette décolonisation à la suite d'actions qui pourraient être qualifiées de crimes de guerre. Si ces derniers avaient été reconnus comme imprescriptibles, notre pays serait aujourd'hui traversé par de multiples procès consécutifs à la fin de la colonisation.

J'ai commencé mon propos en parlant du statut de victime et je crois qu'effectivement la décision de la Cour de Cassation de décembre 1985 a été l'un des signes du renversement du statut de victime. Auparavant, la reconnaissance sociale était manifestée à l'égard des héros et non à l'égard des victimes. Henri Rousso raconte dans son livre *Le Syndrome de Vichy* la cérémonie du 11 Novembre 1945 place de l'Etoile à Paris. Il y avait 11 ou 12 cercueils censés représenter les héros de la seconde guerre mondiale : les pilotes abattus, les résistants torturés, etc. Aucun cercueil ne représentait ceux que l'on appelait à l'époque les victimes raciales. On ne parlait pas de ces victimes-là, on ne parlait que des héros. C'est ce statut de héros qui a permis à la France de se reconstruire.

Si certains aujourd'hui contestent la possibilité de juger 50 ans après les faits, je voudrais leur répondre qu'un tel propos est grave de conséquences : les victimes juives à l'époque n'étaient pas véritablement reconnues comme telles. Or un procès permet à la victime d'être reconnue dans son statut de victime, c'est-à-dire de lui permettre de réintégrer le corps social. En effet, la victime se sent toujours exclue de ce corps social et c'est le procès qui notamment va lui permettre de revenir au sein de la société. On voit bien alors la nécessité absolue du procès, même 50 ans après. À défaut, les victimes d'alors seraient à nouveau victimes aujourd'hui.

C'est donc, à mes yeux, à partir de décembre 1985 que le statut de victime a pris une place de plus en plus importante, entraînant des revendications mémorielles de plus en plus nombreuses, ces revendications servant de ciment à la constitution de groupes de plus en plus nombreux. C'est ce que l'on appelle le communautarisme qui est un véritable danger pour la république dont le corps social risque de se déliter face aux coups de boutoir de tous les groupes qui affirment avoir été victimes. Là encore la confusion risque de s'installer au travers d'amalgames et de la perte de sens des mots. On en a un exemple avec les lois qui ont été évoquées tout à l'heure, lois dont on demande l'abrogation, lois dites « mémorielles ».

Les « lois mémorielles »

Soyons précis : une loi est d'abord normative. Elle édicte, sur le plan pénal, une règle dont la transgression entraîne une sanction. Or reprenons les 4 lois dont on nous demande l'abrogation :

La loi du 23 Février 2005 et son fameux article 4 qui énonce :

« *Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence Outre-mer* ».

C'est ce que l'on a appelé le côté positif de la colonisation. Or ce texte n'est pas une loi pénale, ce n'est pas un délit qui est créé. C'est une loi proclamative qui n'a aucun sens pour des juristes. Ce n'est pas le rôle de la loi que de dire ce que doivent contenir les programmes scolaires. Si quelqu'un méconnaît le rôle positif – je crois qu'on serait nombreux à suspecter ce rôle positif – et va donc dans le sens contraire de ce qu'énonce l'article 4, il n'y a pas de sanction pénale. Quelle est donc l'utilité d'une telle affirmation dans un corpus législatif ?

La loi du 21 Mai 2001 dite « la loi Taubira » est là encore une loi proclamative puisqu'elle énonce que l'esclavage et les traites négrières sont un crime contre l'humanité à partir du xv^e siècle.

Cette loi a été votée à l'unanimité et le législateur n'a pas mesuré les conséquences de la référence « à partir du xv^e siècle ». Cela signifie que l'esclavage ou les traites négrières vers les Amériques, vers l'Europe, vers les Caraïbes deviennent un crime contre l'humanité quand les Européens ou l'Occident peuvent être mis en cause. On comprend que les historiens refusent ce type de propos et considèrent avec Pétré Grenouilleau que l'esclavage et les traites négrières doivent être pris dans leur globalité. On voit bien comment le politique veut forcer la main à l'historien en affirmant que l'on doit considérer qu'il ne s'agit de crimes contre l'humanité qu'à compter du xv^e siècle, c'est-à-dire seulement à partir du moment où les Européens et les peuples d'Occident se sont livrés à ces pratiques intolérables. C'est une manière d'absoudre les populations arabes et africaines qui se livraient aux mêmes pratiques bien avant le xv^e siècle, de toute responsabilité morale. Il faut d'ailleurs signaler que des amis de Mme Taubira ont essayé de faire passer le même texte que celui voté en France au Parlement européen. Les parlementaires européens n'ont pas cédé à cette facilité.

Il s'agit là encore d'une loi proclamative. Si demain j'énonce que l'esclavage a commencé bien avant, ou qu'il ne s'agit pas d'un crime contre l'humanité, je ne risque rien sur le plan pénal.

La loi du 29 janvier 2001 : un seul article énonce :

« *La France reconnaît publiquement le génocide arménien* ».

J'ai envie de dire : *et alors ?* Voilà une prise de position politique qui aurait pu, voire qui aurait dû, être faite par le Président de la République. Mais c'est symbolique dira-t-on, d'une part à l'égard des arméniens vivant en France, et surtout au regard de la Turquie qui refuse d'admettre sa responsabilité dans cette tragédie arménienne. Mais nous voyons bien là qu'il s'agit d'une loi proclamative qui énonce un principe sans en dessiner les contours, les limites, voire les sanctions.

Le quatrième texte qu'il faut aborder et qui témoigne de la confusion totale dans laquelle nous nous trouvons est : la loi Gayssot.

La loi Gayssot du 13 juillet 1990 : Il s'agit là d'une loi normative et non plus d'une loi proclamative. Cette loi crée une nouvelle incrimination juridique et pénalement répréhensible. La contestation du crime contre l'humanité tel qu'il a été défini à Nuremberg, c'est-à-dire la contestation de la Shoah, c'est-à-dire la contestation de l'existence des camps d'extermination, des chambres à gaz, des fours crématoires, de l'extermination des juifs suivant un plan concerté, constitue un délit. Celui qui commet ce délit prend le risque d'être condamné à une peine de prison. On a vu, il y a quelques jours, à Lyon, le Tribunal Correctionnel condamner le sieur Thiel, ancien militant du Front National, connu pour ses opinions négationnistes et antisémites, à la peine de 6 mois de prison ferme. À ma connaissance c'est la deuxième fois qu'un tribunal en France condamne à une peine de prison ferme l'auteur de propos négationnistes.

On voit bien là que cette loi normative, c'est-à-dire une loi qui fixe des limites à ne pas franchir, est radicalement différente des lois proclamatives que j'ai évoquées. Il faut bien comprendre que la loi Gayssot n'a pas seulement pour objet de réparer l'offense faite aux survivants, aux victimes juives ou aux associations de déportés. Cette loi Gayssot réprime d'abord une offense à la nation car le propos négationniste constitue un trouble à l'ordre public. Certains pourraient alors critiquer mon propos en ne comprenant pas pourquoi la contestation de l'existence du plan d'extermination des juifs provoque un trouble à l'ordre public. Pour répondre à cette question, je dois prendre un chemin de traverse.

Racisme et antisémitisme

Souvent il m'est posé la question de savoir pourquoi nous distinguons le racisme de l'antisémitisme.

L'antisémitisme est bien évidemment un racisme, pourquoi donc y a-t-il lieu de les différencier ? Pourquoi doit-on utiliser ces deux termes ? À mes yeux l'antisémitisme se définit par rapport aux autres formes de racisme comme étant un racisme qui se caractérise par la mutation perpétuelle du langage. Le discours raciste, odieux et intolérable à l'égard des noirs, des Arabes, des musulmans, etc. est quasiment toujours le même depuis des siècles. On n'aime pas l'autre parce qu'il est étranger, parce qu'il est différent de soi. On n'aime pas la couleur de sa peau, on n'aime pas ses comportements, etc. Le langage raciste est univoque, il est toujours le même et constitue bien évidemment un trouble à l'ordre public.

L'antisémitisme, lui, se caractérise par un discours en mutation perpétuelle. Il y a d'abord eu l'antisémitisme chrétien allant de la crucifixion de Jésus à l'égorgeage des enfants pour prendre leur sang et fabriquer le pain azyme en passant par l'empoisonnement des puits. Cet antisémitisme chrétien a également énoncé le lien entre le juif, l'argent, le pouvoir, les médias, etc. L'idée d'un complot mondial juif a trouvé son point d'orgue avec le protocole des Sages de Sion. Après la Shoah, il était plus difficile d'être antisémite comme on pouvait l'être avant-guerre. C'est alors que le révisionnisme puis le négationnisme ont été la nouvelle expression antisémite. Il n'y a pas de négationniste invétéré qui ne soit antisémite. Le législateur a parfaitement compris cette mutation du langage antisémite, donc raciste. Et parce que l'expression raciste est pénalement punie comme provoquant un trouble à l'ordre public, l'expression négationniste a été punie comme étant une expression antisémite donc raciste. Le législateur est intervenu en 1990 car jusque-là les tribunaux n'avaient pas pris la mesure de l'ampleur de ce trouble à l'ordre public et un même propos négationniste pouvait être tantôt relaxé à Genoble, ou sanctionné à Toulouse. C'est à l'unanimité que le Parlement, la représentation nationale, a décidé de punir cette nouvelle forme d'expression raciste.

Lorsque des historiens éminents mettent sur le même plan trois lois proclamatives et une loi normative, cela montre qu'ils n'ont malheureusement pas compris le sens de la loi, en particulier de la loi pénale. Quel est le rapport entre une loi qui édicte et crée un délit pénal et qui donc sanctionne une transgression, avec trois lois qui sont purement proclamatives, et dont la transgression n'entraîne aucune sanction ? La confusion générale apparaît à la lecture de la pétition des historiens parue dans le journal *Libération* le 13 Décembre 2005. Il est dit notamment que l'histoire n'est pas une religion, qu'elle n'est pas la morale, qu'elle ne doit pas être esclave de l'actualité et qu'elle n'est pas la mémoire. Nous sommes bien évidemment tous d'accord. Il est également dit que l'histoire n'est pas un objet juridique et que dans un état libre il n'appar-

tient ni au Parlement, ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique. Je suis totalement d'accord avec ce propos, mais la loi Gayssot ne définit absolument pas la vérité historique. Cette loi Gayssot vient dire que le propos négationniste provoque un trouble à l'ordre public comme tout propos raciste et qu'il doit donc être sanctionné. La loi Gayssot n'énonce pas une vérité historique. Aucun historien digne de ce nom ne peut venir dire que la loi Gayssot a bridé sa liberté de pensée ou d'expression lorsqu'il travaille sur l'extermination des juifs durant la seconde guerre mondiale. Si Raoul Hilberg écrit qu'il estime le nombre des victimes juives à 5 100 000, alors que le chiffre communément admis est de 6 millions, il ne sera pas poursuivi devant les tribunaux pour négationnisme ! On voit bien qu'on ne peut pas mettre sur le même plan le discours du pseudo historien négationniste qui écrit que les chambres à gaz n'ont pas existé si ce n'est pour gazer des poux, ou qu'il n'y a pas eu de plan concerté d'extermination des juifs par les nazis, avec les propos d'historiens reconnus comme tels par leurs pairs.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle je n'étais pas d'accord avec l'un de mes confrères qui avait expliqué que la loi Gayssot disparaîtrait avec les derniers survivants des camps d'extermination. C'est un contresens total dans l'analyse du racisme et de l'antisémitisme.

Faurisson a réussi à joindre toutes les formes d'antisémitisme en proclamant que l'invention de la Shoah était le résultat d'une gigantesque escroquerie commise par les juifs pour obtenir de l'argent afin de créer l'État d'Israël, et ce au détriment du peuple allemand et du peuple palestinien. Voilà le parangon de la parole antisémite puisqu'on y retrouve l'idée de complot organisé par les juifs, lesquels seraient des menteurs et des escrocs et que leurs victimes sont les Allemands et les palestiniens. En outre, ils délégitiment l'État d'Israël qui serait donc construit à partir de ce mensonge et de cette escroquerie. Comment donc les pétitionnaires peuvent-ils mettre sur le même plan la loi Gayssot et la loi Taubira ou la loi concernant le génocide arménien ? Ces pétitionnaires ont confondu le droit civil et le droit pénal lorsqu'ils signent un texte où il est dit que toutes ces lois restreignent la liberté de l'historien. Ils ont à tort le sentiment que le législateur leur dit « *sous peine de sanctions* » ce qu'ils doivent chercher et ce qu'ils doivent trouver. Or, dans la loi de 2005 et son fameux article 4, dans la loi Taubira ou dans la loi concernant les Arméniens, ainsi que je l'ai précisé, aucune sanction n'est prévue puisqu'il ne s'agit que de lois proclamatives.

Dans ces conditions l'expression « *sous peine de sanctions* » montre que ces pétitionnaires n'ont pas compris la différence entre une loi qui réprime un trouble à l'ordre public et des lois que l'on peut qualifier de « lois mémorielles » et dont l'objet ne relève à l'évidence pas du législateur.

Si aujourd'hui quelqu'un nie en France le génocide arménien, il est évident que les descendants des victimes arméniennes seront blessés et meurtris. Ils auront un recours devant les tribunaux, mais sur le plan civil et non pas sur le plan pénal. Souvenez-vous du procès Lewis, ce grand historien américain qui avait écrit à propos de la tragédie arménienne que l'on ne pouvait pas considérer qu'il s'agissait d'un génocide. M. Lewis est insoupçonnable dans sa qualité d'historien. Il y a néanmoins eu un procès civil et il a été condamné sur le fondement d'un article fondamental dans le droit français, l'article 1382 du Code Civil qui énonce que tout fait qui cause à autrui un dommage peut entraîner une réparation au profit de celui qui a été blessé.

C'est dans ces conditions que des associations de défense des droits de l'homme, des associations de défense de la mémoire arméniennes, ont poursuivi M. Lewis qui a été condamné sur le plan civil et non à une peine de prison avec sursis ou à une amende. Lorsque Lewis blesse la mémoire arménienne, il ne tient pas un discours raciste.

De la même manière, si une personne contestait l'existence de l'esclavage ou des traites négrières, elle passerait pour folle ou originale, ce qui n'empêcherait pas des associations de défense des droits de l'homme ou des associations de défense de la mémoire africaine ou antillaise, de demander réparation sur le plan civil. Mais de tels propos sont à mille lieues du discours raciste, lequel est le seul à provoquer un trouble à l'ordre public.

Je soulignais au début de mon analyse les dangers que représente pour moi le développement accéléré des revendications mémorielles de plus en plus nombreuses. J'ai le sentiment que toutes les mémoires revendiquent le même statut et les mêmes droits. Ainsi que le soulignait avec pertinence et de façon lapidaire Alain Finkielkraut « *chacun veut sa Shoah* ». Ainsi donc, sous prétexte d'une douleur, aussi légitime soit-elle, chaque groupe revendique les mêmes textes, les mêmes lois, les mêmes droits. Je comprends alors la crainte des historiens qui préféreraient tout abroger plutôt que de maintenir certains textes et demander l'abrogation des autres. Le législateur cède hélas aux émergences de groupes en essayant d'apaiser les douleurs affichées. Ce sont bien aujourd'hui les victimes qui font le droit.

Une certaine paix sociale pourrait être retrouvée en s'obligeant à être précis dans les mots, les termes, les définitions, et en évitant les amalgames ou les confusions entre par exemple la mémoire, le droit et l'histoire. Nous sommes dans une démocratie où le politique n'a effectivement rien à voir avec l'histoire, mais où le politique doit préserver la paix publique.