

## CONCLUSION GENERALE

Un auteur, quelque fois trop plein de son objet,  
Jamais sans l'épuiser n'abandonne son sujet.  
S'il rencontre un palais, il m'en dépeint la face ;  
Il me promène après de terrasse en terrasse ;  
Ici s'offre un perron ; là règne un corridor ;  
Là ce balcon s'enferme en un balustre d'or.  
Il compte des plafonds les ronds et les ovales ;  
Ce ne sont que festons, ce ne sont qu'astragales.  
Je saute vingt feuillets pour en trouver la fin,  
Et je me sauve à peine au travers du jardin.  
Fuyez de ces auteurs l'abondance stérile,  
Et ne vous chargez point d'un détail inutile.  
BOILEAU, *L'art poétique*<sup>1</sup>.

1354. Au sein du palais de la liberté d'expression, le régime juridique des propos négationnistes est un corridor dont seule une description de l'ensemble de l'édifice permettait de saisir l'emplacement et les détails. Au terme de cette étude, il est loisible d'espérer que l'abondance ne fut pas stérile, que le tableau fut instructif. Si toutefois un désir de fuite avait assailli le lecteur, ces brefs développements conclusifs voudraient lui présenter les principaux résultats obtenus. Il s'agira ensuite d'envisager quelques évolutions possibles de la réponse juridique au négationnisme en Europe, puis de suggérer l'intérêt de la méthode ici élaborée, appliquée à d'autres problèmes particuliers.

1355. Pour mettre à jour le régime juridique des propos négationnistes, il était nécessaire de débarrasser la liberté d'expression de ses justifications politiques et morales. Les ordres juridiques européens, utilement éclairés par le modèle américain duquel ils divergent à de nombreux égards, révèlent alors un ensemble normatif bien plus complexe que ne le laisse supposer la promotion de la protection des idées qui « heurtent, choquent ou inquiètent ». Si l'interdiction du négationnisme simple est exigée par une norme constitutionnelle en Autriche, elle n'est pas obligatoire mais simplement permise, selon des modalités très différentes, par la Convention européenne des droits de l'homme et par la norme supérieure en Allemagne et en France.

---

<sup>1</sup> Nicolas BOILEAU, *L'art poétique*, Les caractères d'Ulysse, Saint Christophe en Bresse, 2010 (1674), p. 9.

## CONCLUSION

1356. L'article 17 de la Convention est une limite supérieure substantielle circonscrivant le domaine de protection des droits fondamentaux, dont la liberté d'expression : elle rend inopérante les conditions de conformité d'une limitation prévues à l'article 10. Dès lors que la Cour considère que le négationnisme correspond à la signification visée par l'article 17, sa restriction ne pose aucun problème de conformité à la Convention. Si la Cour estimait que le négationnisme était couvert par la garantie de la liberté d'expression, la situation serait analogue à celle que connaissent l'Allemagne et la France. Dans ces deux Etats, les limites supérieures de la liberté d'expression sont de type conséquentiel, et seuls peuvent donc faire l'objet d'une sanction les propos susceptibles de produire certains effets. Une divergence importante semble cependant distinguer les systèmes allemand et français. En effet, la Loi Fondamentale exige que les restrictions de la liberté d'expression définissent par leurs conséquences les propos qu'elles visent : contrairement à la Constitution française, qui ne s'oppose nullement aux « délits d'opinion »<sup>2</sup>, la norme suprême allemande interdit les restrictions substantielles. Cette condition est néanmoins purement formelle et aisément remplie : l'insertion, dans la norme, d'une clause d'atteinte à la « paix publique », élément vide puisque automatiquement consommé avec les autres composantes du fait générateur, suffit à la satisfaire<sup>3</sup>.

1357. La question de la constitutionnalité de l'incrimination du négationnisme simple en Allemagne et en France pose donc le problème de la conformité d'une restriction substantielle à une limite supérieure conséquentielle. Ces systèmes sont peu exigeants quant au degré de vraisemblance de production de la conséquence, et la restriction sera conforme à la norme supérieure si l'organe de contrôle considère que la signification visée présente rationnellement le risque de provoquer la conséquence prévue par la limite supérieure. A l'égard de l'interdiction du négationnisme simple des crimes nazis, les organes de contrôle français et allemand ont identifié sans grande difficulté des conséquences rationnelles qui justifient juridiquement la restriction. En février 2012, le Conseil constitutionnel français a refusé de se prononcer à l'égard du négationnisme du génocide arménien : plutôt que d'examiner la constitutionnalité de l'interdiction de cette expression, norme qui découlait du vote d'une disposition combinée à la loi de 2001 qui reconnaît le génocide arménien, le Conseil a paradoxalement censuré la nouvelle disposition sur le fondement de l'exigence de normativité de la loi<sup>4</sup>.

1358. Le régime américain de la liberté d'expression a pu utilement éclairer les systèmes européens, tant la solution adoptée aux Etats-Unis diverge de celles retenues en Europe, à l'exception peut-être du cas particulier des expressions liées au sexe. La Constitution américaine interdit les restrictions substantielles, en ce qu'elle ne permet la sanction d'une expression relevant du champ d'application du premier amendement que si la norme exige la haute vraisemblance d'une conséquence imminente, qui doit donc être vérifiée dans

---

<sup>2</sup> Cf. *supra*, par. 505 ss.

<sup>3</sup> Cf. *supra*, par. 904 s.

<sup>4</sup> Cf. *supra*, par. 229 ss.

## LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

chaque espèce. Des possibilités plus larges de limiter sont ouvertes à l'égard des expressions qui ne sont pas couvertes par le premier amendement, telles les affirmations factuelles consciemment fausses infligeant un préjudice. De telles restrictions pourraient sembler permettre de sanctionner le négationnisme simple aux Etats-Unis. Une telle solution doit cependant être exclue, parce que l'infliction d'un préjudice psychique à un large groupe d'individus n'est guère reconnue en droit américain<sup>5</sup>. En outre, la neutralité substantielle exigée par le premier amendement exclut tant l'interdiction spécifique du négationnisme que celle du discours de haine.

1359. En Europe, au contraire, la sanction du discours de haine soulève peu de problèmes de constitutionnalité ou de conventionnalité, et a été législativement organisée dans la plupart des Etats, notamment en France et en Allemagne. Dès lors, la décision-cadre du 28 novembre 2008 n'impose aucune modification juridique à ces Etats, puisqu'elle ne vise que le négationnisme qualifié, qui relève du discours de haine<sup>6</sup>.

1360. Il n'en demeure pas moins loisible de considérer ce texte européen comme le premier pas sur une « pente glissante »<sup>7</sup>, et de s'interroger sur l'« avenir d'une interdiction »<sup>8</sup>. Une pénalisation du négationnisme de tous les crimes contre l'humanité serait-elle conforme à la norme supérieure dans les ordres juridiques allemand et français ? On peut écarter le problème de prévisibilité lié à la définition de l'expression visée, en considérant, comme le permet par exemple la décision-cadre, que seuls les crimes établis par une juridiction internationale seront concernés<sup>9</sup>. Un premier problème de constitutionnalité pourrait découler de l'exigence de neutralité substantielle. En effet, bien que celle-ci ne soit pas davantage imposée par la Loi Fondamentale que par la Constitution française, la Cour constitutionnelle allemande semble désormais refuser la discrimination entre les opinions, à l'exception du cas particulier de l'expression *pronazie*<sup>10</sup>. Cependant, si cette exigence s'oppose à une loi visant spécifiquement, par exemple, la négation du génocide arménien, elle permet l'incrimination de la négation de tous les crimes contre l'humanité<sup>11</sup>.

1361. Seule la Convention européenne des droits de l'homme dispose d'une limite supérieure substantielle susceptible de permettre une interdiction générale du négationnisme simple<sup>12</sup>. La constitutionnalité d'une telle norme en Allemagne

---

<sup>5</sup> Cf. *supra*, par. 745.

<sup>6</sup> Cf. *supra*, par. 1014 s.

<sup>7</sup> Cf. *supra*, par. 217. Dans le « programme de Stockholm », le Conseil invite la Commission à effectuer, au plus tard le 28 novembre 2013, un bilan de la transposition de la décision-cadre. *JOUE*, 4 mai 2010, C 115/9.

<sup>8</sup> Cf. Alain FINKIELKRAUT, *L'avenir d'une négation*, Seuil, Paris, 1982.

<sup>9</sup> Article premier, paragraphe 4 de la Décision-cadre.

<sup>10</sup> Cf. *supra*, par. 626 ss.

<sup>11</sup> Cf. *supra*, par. 658.

<sup>12</sup> La Cour de Strasbourg réserve notamment l'application de l'article 17 aux propos qui véhiculent la signification visée par cette norme, et constituent la négation de faits historiques clairement établis. Cf. *supra*, par. 548.

## CONCLUSION

et en France dépendra donc, selon le schéma de la conformité d'une restriction substantielle à une limite supérieure conséquentielle, de l'estimation des conséquences susceptibles d'être provoquées par le négationnisme simple de tout crime contre l'humanité. L'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol<sup>13</sup> montre que les organes de contrôle seront peut-être peu enclins à considérer qu'un ensemble si large d'expressions est raisonnablement susceptible de provoquer les effets néfastes qui justifient constitutionnellement son interdiction. Seule une « conséquentialisation » de la restriction permettrait d'assurer sa conformité à la norme supérieure : le négationnisme ne serait alors sanctionnable que lorsque l'organe d'application estime que les propos ont donné lieu à la conséquence qui permet, en vertu d'une limite supérieure, de restreindre la liberté d'expression, qu'il s'agisse d'un préjudice psychique ou d'un risque de violence. Mais une telle norme risque de ressembler à une simple précision de la signification visée par les restrictions applicables au discours de haine, et n'est susceptible de revêtir aucune utilité en dehors d'une éventuelle spécification de la peine. Plus intéressante serait l'interdiction, au moyen d'une restriction substantielle, du négationnisme qualifié, solution dont s'approche la décision-cadre. Le caractère substantiel d'une telle norme la distinguerait de la plupart des lois opposées au discours de haine, tandis que la signification haineuse visée rendrait plus vraisemblable la provocation des conséquences prévues par les limites supérieures de la liberté d'expression. Une solution voisine consisterait à exiger une intention de nuire à certains groupes d'individus.

1362. La conformité à la norme supérieure d'une telle restriction ne permet bien entendu guère de conclusion sur son caractère souhaitable. De même, si la démarche normativiste peut démontrer que rien ne s'oppose, en droit constitutionnel français, à l'incrimination de la négation du génocide arménien, elle ne dit rien de l'opportunité d'une telle mesure. Le présent travail a mis à jour de très larges possibilités de limiter l'expression, en particulier en droit constitutionnel français et dans le régime de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, si la méthode choisie a impliqué d'ignorer les arguments philosophiques, politiques ou moraux, elle conduit en fin de compte à souligner leur importance, tant il est apparu que le droit limitait peu le législateur en cette matière. Il n'en demeure pas moins que l'éclairage de cette grande liberté, la distinction entre le cadre des concrétisations conformes et la sphère d'intervention moralement juste, constitue un apport que seule la description strictement juridique était susceptible de fournir.

1363. En outre, une discussion véritablement informée du caractère souhaitable d'une restriction nécessite également de connaître avec précision le comportement expressif qu'elle est susceptible de frapper. Seule la méthode normativiste peut fournir une telle information, et le présent travail ne s'est dès lors pas concentré sur les seules questions de constitutionnalité, mais s'est également efforcé de décrire les comportements visés par les restrictions

---

<sup>13</sup> Cf. *supra*, par. 993 ss.

## LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

applicables au négationnisme. L'élimination du dogme de l'intérêt protégé<sup>14</sup>, du dogme de la volonté<sup>15</sup>, et de l'illusion littérale<sup>16</sup> ont conduit à une description plus précise que celles permises par les méthodes où des présupposés moraux se mêlent à l'analyse. Une restriction de la liberté d'expression ne définit pas toujours les propos qu'elle vise par leurs conséquences néfastes sur un « intérêt protégé », elle n'exige pas obligatoirement du locuteur une intention de porter atteinte à un tel objet, son application ne se réduit pas forcément aux propos qui énoncent explicitement la signification soumise à une sanction.

1364. En résumé, même au sein d'un débat politico-philosophique, il n'est pas indifférent de savoir ce qui est permis par le droit : les approximations juridiques qui ont caractérisé la querelle des « lois mémorielles » en France en témoignent<sup>17</sup>. La modélisation de l'organisation juridique de la liberté d'expression, telle qu'elle fut proposée dans la présente étude, devrait permettre d'établir, pour toute restriction législative de la liberté d'expression, les conditions de sa conformité à la norme supérieure, et le comportement qu'elle vise précisément. Impliquant un renoncement aux jugements de valeur et aux affirmations à prétention empirique sur les conséquences de l'expression, cette démarche rend possible la description des tâches normativement encadrées des organes qui interviennent dans la réglementation juridique des comportements expressifs. A une époque où la liberté d'expression fait l'objet d'une sacralisation pas toujours très élaborée<sup>18</sup>, les outils conceptuels à l'œuvre dans la présente étude donnent accès au fondement essentiel du débat sur ses limites : le droit en vigueur, les cadres de l'appréciation confiée au législateur et aux autres organes de concrétisation. Si la démarche proposée ne permet pas de traiter sous tous les angles la question des limites de la liberté d'expression, elle offre un préalable nécessaire et un renfort utile aux études philosophiques, morales ou politiques. Elle est la condition de ces entreprises, et non leur adversaire.

---

<sup>14</sup> Cf. *supra*, par. 25 ss. et 392.

<sup>15</sup> Cf. *supra*, par. 1173.

<sup>16</sup> Cf. *supra*, par. 1044 ss. et 1104 ss.

<sup>17</sup> Cf. *supra*, par. 220 ss.

<sup>18</sup> Cf. en ce sens Pierre-François DOCQUIR, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 3 ; Pascal MBONGO : « La banalisation du concept de censure », *Pouvoirs*, n° 130, 2009, pp. 17 ss.