

technique de réduction supplémentaire du pouvoir discrétionnaire du juge¹⁸⁹. En revanche, si le précédent se situe en dehors du cadre, il constitue une concrétisation non conforme de la norme. Peut-être y aura-t-il de bonnes raisons pragmatiques de ne pas l'abandonner : la démarche normativiste ne s'en soucie pas car il s'agit d'une pure question d'opportunité¹⁹⁰. Il lui revient cependant d'identifier une telle situation. Il s'agit ainsi d'éviter le « positivisme jurisprudentiel » reproché notamment par le Professeur Schlink aux constitutionnalistes allemands (*Bundesverfassungsgerichtspositivismus*)¹⁹¹, et par le Professeur Amar à une partie de la doctrine américaine¹⁹². La seule description de la jurisprudence de la Cour suprême est insuffisante : il convient d'examiner la norme générale avant de s'intéresser à sa concrétisation¹⁹³. Néanmoins il incombe aussi, à des fins de pertinence descriptive, de présenter les règles générales mises en place par la Cour suprême, sans oublier qu'elles sont dénuées de fondement normatif juridique, mais en reconnaissant leur caractère contraignant du point de vue interne.

56. La jurisprudence de la Cour suprême a « rempli » le cadre fixé par le premier amendement, elle a formé, selon les termes du Professeur Amar, des « structures d'application »¹⁹⁴. La Cour a commencé à mettre en place l'ensemble des conditions actuelles de conformité au premier amendement à l'issue de la première guerre mondiale¹⁹⁵, en se référant à certaines valeurs, à certains objectifs de la protection de la liberté d'expression, mais aussi en tenant compte, de manière plus implicite, de la formulation du premier amendement. Ce ne sont pas les considérations axiologiques, relevant de la

¹⁸⁹ Cf. N. DUXBURY, *op. cit.*, pp. 120 ss. ; Caleb NELSON : « Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedent », 87 *Virginia Law Review* 1 (2001), p. 37.

¹⁹⁰ Caleb Nelson souligne que l'exigence d'une justification spéciale pour abandonner un précédent ne devrait valoir que lorsque celui-ci constitue une concrétisation conforme de la norme. Un précédent situé en dehors du cadre devrait au contraire ne pas être suivi, sauf si des raisons particulières relatives notamment aux droits acquis incitent à maintenir cette application non conforme de la norme. C. NELSON, *art. cit.*, pp. 7 s. Cf. aussi Akhil Reed AMAR : « The Supreme Court, 1999 Term – Foreword: The Document and the Doctrine », 114 *Harvard Law Review* 26 (2000), pp. 54 s.

¹⁹¹ Bernhard SCHLINK : « Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit », *Der Staat*, 1989, pp. 162 ss. Cf. aussi Chr. SCHÖNBERGER, *art. cit.*, pp. 15 s., qui perçoit dans cette démarche un obstacle aux études comparatives.

¹⁹² Cf. A. R. AMAR, *art. cit.*, pp. 27 s. ; et *contra* D. STRAUSS, *art. cit.*, pp. 33 s. Le positivisme jurisprudentiel entraîne un autre inconvénient : selon deux éminents auteurs, l'enseignement du droit constitutionnel aux Etats-Unis ignore les dispositions de la Constitution ne faisant pas l'objet de litiges devant la Cour suprême, tels le bicaméralisme, la limitation du Président à deux mandats, où l'encadrement de la révision constitutionnelle. Jack BALKIN et Sanford LEVINSON : « The Canons of Constitutional Law », 111 *Harvard Law Review* 963 (1998), p. 1004.

¹⁹³ Cf. aussi, expliquant que l'analyse juridique ne saurait déduire d'une loi une unique solution à un problème particulier, mais qu'il lui revient par contre d'établir si une certaine concrétisation appartient ou non aux possibilités de solutions conformes à la loi, Adolf MERKL : « Das Recht im Lichte seiner Anwendung » (1917), in H. KLECATSKY, R. MARCIC et H. SCHAMBECK (ed.), *op. cit.*, Vol. 1, p. 1179.

¹⁹⁴ A. R. AMAR, *art. cit.*, p. 79.

¹⁹⁵ La présente étude entend décrire le régime contemporain, et non retracer en détail son développement historique. Un aspect essentiel de cette évolution est cependant présenté *infra*, par. 834 ss.

INTRODUCTION

motivation des décisions de la Cour, qui retiendront l'attention, mais la manière dont elles ont été traduites en des règles exploitables. La Cour suprême a précisé les critères auxquels elles soumet les restrictions de la liberté d'expression, ces conditions devant être remplies par une norme pour être conforme au premier amendement. Ces critères et conditions, souvent qualifiés de « *tests* » ou de « *doctrines* », forment le régime constitutionnel américain de la liberté d'expression. La Cour les affine constamment, et n'est pas juridiquement tenue de les respecter ; ces critères de contrôle sont cependant bien établis en pratique, et il n'est que partiellement exagéré d'observer une certaine « codification du premier amendement »¹⁹⁶. Les juridictions inférieures doivent respecter ces critères de contrôle en vertu de l'article 3 de la Constitution¹⁹⁷. Bien qu'une annulation de leurs jugements par la Cour suprême, laquelle choisit discrétionnairement d'accueillir les recours qui lui sont soumis, soit peu probable en pratique¹⁹⁸, la soumission à la jurisprudence suprême est contraignante du point de vue interne. La Cour suprême « remplit » donc le cadre du premier amendement, elle met en place des règles exploitables par elle-même et par les tribunaux inférieurs¹⁹⁹.

57. Dans les autres ordres juridiques étudiés, une semblable systématisation est également observable, bien que ses fondements divergent quelque peu. Ni le Conseil constitutionnel, ni la Cour constitutionnelle allemande, ni la Cour européenne des droits de l'homme ne sont juridiquement liés par leurs précédents²⁰⁰. Bien qu'en pratique une certaine stabilité de la jurisprudence soit observable de manière générale, et que les cours de Karlsruhe et de Strasbourg se réfèrent volontiers à leurs arrêts antérieurs²⁰¹, il ne semble pas non plus que les membres de ces juridictions se considèrent, du point de vue interne, contraints par un quelconque *stare decisis*²⁰². Il semblerait cependant peu judicieux, comme

¹⁹⁶ Cf. F. SCHAUER : « Codifying the First Amendment: New York v. Ferber », *The Supreme Court Review* (1982), p. 309.

¹⁹⁷ « Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis sera dévolu à une Cour suprême et à telles cours inférieures que le Congrès pourra, le cas échéant, ordonner ou établir [...] » (traduction de E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 875).

¹⁹⁸ Cf. F. SCHAUER : « Is it Important to be Important?: Evaluating the Supreme Court's Case-Selection Process », 119 *Yale Law Journal Pocket Part* 77 (2010) ; E. ZOLLER : « Etats-Unis : le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n°84, 1998, pp. 163-175.

¹⁹⁹ A. R. AMAR, *art. cit.*, p. 80.

²⁰⁰ Cf. *supra* par. 51 ss. et, à propos de la Cour constitutionnelle allemande, H. LECHNER et R. ZUCK, *op. cit.*, § 31, par. 22 ; Th. LUNDMARK, *art. cit.*, pp. 326 s. ; Bernhard SCHLINK : « Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel », *Juristen Zeitung*, 2007, p. 160. Sur la Cour européenne des droits de l'homme, cf. Katia LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, notamment p. 63.

²⁰¹ Sur cette « pratique de l'autoréférence », cf. K. LUCAS-ALBERNI, *op. cit.*, p. 65 ss.

²⁰² Ainsi, à l'affirmation de la Cour suprême selon laquelle le principe du *stare decisis* n'est pas une exigence absolue (*Planned Parenthood v. Casey*, *cité*, p. 854 : « an "inexorable command" »), certaines raisons spécifiques pouvant justifier un revirement, correspond le raisonnement inverse suivi par la Cour européenne des droits de l'homme : bien que la Cour n'ait aucune obligation de suivre ses « précédents », certaines raisons justifient un tel comportement. Cf. par exemple *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, § 70 : « Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

à l'égard du régime américain, d'exclure de l'analyse certains aspects de la jurisprudence de ces organes. Si les normes supérieures encadrant la liberté d'expression fournissent davantage d'indication dans ces ordres juridiques, le contrôle de leur respect a tout de même fait l'objet en outre d'une systématisation tant jurisprudentielle que doctrinale.

58. Le Professeur Schlink distingue d'une part les régimes basés sur une telle systématisation, et d'autre part les régimes basés sur le précédent. Selon lui, les seconds accorderaient une importance dominante aux principes sous-jacents à la jurisprudence²⁰³. L'observation est certainement fondée de manière générale à propos des Etats-Unis, mais il faut constater qu'en matière de liberté d'expression, le recours à ces « principes » et, de manière plus implicite, la prise en compte de l'énoncé du premier amendement, ont donné lieu à une véritable systématisation très semblable à celle qui a cours en Allemagne. Certes, il ne semble guère exister, dans la doctrine ou la jurisprudence américaines, une « dogmatique » générale des droits fondamentaux²⁰⁴. Cependant, si les considérations axiologiques, politiques ou historiques sont au premier plan lors du contrôle d'une atteinte à un droit rarement invoqué²⁰⁵, le premier amendement a pour sa part fait l'objet d'une systématisation importante. Les grands principes à l'appui desquels la Cour suprême semblait autrefois se décider ont donné lieu à des « tests » façonnés pour transformer ces principes en méthodes de contrôle exploitables²⁰⁶. Il ne s'agit pas de soutenir que les considérations axiologiques

prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre ». Cf. aussi *Scoppola c. Italie (n°2)*, 17 septembre 2009, § 104 ; et les analyses de Frédéric SUDRE : « A propos de l'autorité d'un « précédent » en matière de protection des droits des minorités », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 905 ss. Cf., en Allemagne, BVerfGE 4, 31, p. 38 : « Das Gericht kann seine in einer früheren Entscheidung vertretenen Rechtsauffassungen aufgeben, auch soweit sie für die damalige Entscheidung tragend waren » ; BVerfGE 82, 198, p. 205 : « [...] dass [das Bundesverfassungsgericht] an diese Entscheidungen und die dort entwickelten verfassungsrechtlichen Grundsätze selbst nicht gebunden ist [...] » ; BVerfG (3^{ème} chambre du 1^{er} sénat), 4 août 2004, *NVwZ* 2005, 81. Le refus, par le Conseil constitutionnel, de réexaminer une disposition législative sur laquelle il s'est déjà prononcé (cf. Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010, pp. 166 ss.) ne correspond pas au *stare decisis*, mais à l'autorité de la chose jugée (*res judicata*). Le Professeur Moderne identifie cependant une contrainte du précédent, du point de vue interne, au sein du Conseil d'Etat français. Cf. Frank MODERNE : « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *RFDA* 2007, p. 921.

²⁰³ B. SCHLINK : « Abschied von der Dogmatik », *art. cit.*, p. 162.

²⁰⁴ Le terme « dogmatique » est souvent employé, au moins en Allemagne, pour décrire la construction systématique d'un domaine du droit.

²⁰⁵ Le récent exemple le plus flagrant est peut-être l'arrêt *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), à propos du deuxième amendement.

²⁰⁶ Un processus en quelque sorte inverse est observable depuis quelque temps en Allemagne. La dogmatique traditionnelle, consistant à examiner si la norme litigieuse intervient dans le domaine de protection du droit fondamental, puis à juger de la justification de cette limite, est contestée au profit d'une nouvelle méthode consistant à exclure davantage de comportements dès la première étape de l'analyse. Il s'agirait donc d'identifier un domaine de garantie (*Gewährleistungsgehalt*) plus étroit. Cette méthode, parfois suivie par la Cour constitutionnelle (cf. par exemple BVerfGE 105, 252, pp. 268 ss.),

INTRODUCTION

sont désormais absentes de la doctrine ou de la jurisprudence américaine sur la liberté d'expression. Mais il faut reconnaître qu'elles sont côtoyées, voire supplantées, par une riche construction systématique²⁰⁷. Ceci n'est guère surprenant car ce processus consistant à « ramener à des lignes simples le chaos des espèces »²⁰⁸ semble inhérent au droit jurisprudentiel. En Allemagne comme aux Etats-Unis, le contrôle du respect de la liberté d'expression fait l'objet d'une systématisation. Simplement, le fondement de son caractère (non-juridiquement) contraignant diverge : il repose sur le principe du *stare decisis* aux Etats-Unis, tandis que le respect de la construction systématique semble accepté en lui-même en Allemagne. Le Professeur Schlink décrit la dogmatique comme une tradition²⁰⁹, et l'on peut supposer que le respect de cette méthode de contrôle est perçu comme contraignant du point de vue interne par les juges : son abandon ferait l'objet de critiques considérées légitimes²¹⁰. En ce sens, Bernhard Schlink décrit le respect de la « dogmatique » comme l'équivalent fonctionnel du principe du précédent²¹¹ : la juridiction s'impose à elle-même des contraintes (*Selbstbindung*)²¹².

59. Une semblable systématisation du contrôle des restrictions de la liberté d'expression est observable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et dans la doctrine relative à l'article 10 de la Convention. Il paraît donc indiqué d'inclure à l'analyse le raisonnement sur la protection

fait l'objet d'un vaste débat doctrinal. Cf. en particulier Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE : « Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik », *Der Staat*, n° 42, 2003, pp. 165-192 ; Wolfgang KAHL : « Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt », *Der Staat*, n° 43, 2004, pp. 167-202 ; Wolfgang HOFFMANN-RIEM : « Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik », *Der Staat*, n° 43, 2004 pp. 203-233. On peut décrire cette évolution comme l'inverse du processus de transformation des principes axiologiques en « tests », en ce que la nouvelle démarche opposée à la dogmatique traditionnelle entend décrire le « contenu de garantie » d'un droit fondamental en référence à l'histoire et au « but » du droit. Cf. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *art. cit.*, pp. 174 ss. ; et la critique de Rüdiger ZUCK : « Die Reduktion des Schutzgehalts der Grundrechte durch den Ersten Senat », *Juristen Zeitung*, 2008, p. 291.

²⁰⁷ Le Professeur Schlink, qui reproche à la Cour constitutionnelle allemande d'abandonner progressivement sa « dogmatique », explique que désormais, lorsqu'il est prié de prédire l'issue d'une affaire en cours à Karlsruhe, il ne se base plus sur la systématisation du droit fondamental mais sur ses connaissances relatives aux juges impliqués, démarche qu'il identifie à la pratique américaine. Sans nier qu'il existe aux Etats-Unis une forte « personnalisation » de la Cour suprême, et de nombreuses études doctrinales sur les préférences de tel ou tel juge, il convient de souligner la prégnance de la systématisation en matière de liberté d'expression. Pour prendre un exemple contemporain, la doctrine s'efforçant de prédire la décision de la Cour dans l'affaire *Snyder v. Phelps* (cf. *infra*, par. 734) s'est essentiellement appuyée sur la « dogmatique » américaine de la liberté d'expression. Cf. Eugene VOLOKH : « Freedom of Speech and the Intentional Infliction of Emotional Distress Tort », *Cardozo Law Review De Novo* 300 (2010) ; et les autres articles réunis en 2010 par la *Cardozo Law Review De Novo*.

²⁰⁸ J. RIVERO, *art. cit.*, p. 99.

²⁰⁹ B. SCHLINK : « Abschied von der Dogmatik », *art. cit.*, p. 160.

²¹⁰ Pour un tel reproche adressé à la Cour constitutionnelle allemande, cf. *ibid.*

²¹¹ *Ibid.*, p. 160.

²¹² *Ibid.*, p. 161.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

juridique de la liberté d'expression qui caractérise tant la jurisprudence que la doctrine d'un ordre juridique²¹³.

60. En résumé, si l'objet principal de la présente étude consiste en l'ensemble des normes juridiques générales et abstraites qui garantissent et limitent le droit à la libre expression, la systématisation réalisée par la doctrine, et surtout par les juges constitutionnels et conventionnels, sera largement prise en compte, faute de quoi l'objectif descriptif et explicatif de ce travail ne serait pas atteint. En revanche, les arguments de nature axiologique ou politique relatifs aux finalités et aux intérêts de la liberté d'expression ne retiendront l'attention qu'à travers les « structures d'application » formées sur leur base. Il ne s'agira cependant aucunement d'adopter de manière non critique les systématisations propres à chaque ordre juridique : une telle méthode interdirait toute démarche comparatiste. Certains instruments conceptuels permettront de reformuler les raisonnements propres à chaque culture juridique.

C. Les outils de l'étude

61. La mise à jour des différences significatives entre les systèmes juridiques nécessite de disposer de concepts neutres et suffisamment généraux. Un instrument essentiel de l'analyse qui sera menée consiste en une typologie des limites de la liberté d'expression (a). Il peut également être utile de rappeler certaines données propres à la théorie des droits fondamentaux (b).

a. Typologie des normes limitant la liberté d'expression

62. Il a été souligné plus haut que de nombreuses études sur la liberté d'expression étaient organisées par rapport aux intérêts protégés, la démarche la plus classique consistant à distinguer, à la manière de nombreux codes pénaux²¹⁴,

²¹³ Il convient de souligner que doctrine et jurisprudence constitutionnelle françaises paraissent dénuées d'une systématisation très élaborée en matière de droits fondamentaux. La protection constitutionnelle de ces droits s'épuise dans le principe de proportionnalité (cf. par exemple D. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 146 ss. ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, pp. 484 ss.) et dans quelques « éléments juridiques relativement flous » (B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 488). L'absence d'une construction systématique spécifique à la liberté d'expression est peut-être favorisée par le fait que la grande majorité des décisions rendues par le Conseil constitutionnel à propos de ce droit se limite à la question particulière de l'audiovisuel (cf. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 553 ; Conseil constitutionnel, commentaire de la décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, p. 7 ; Guillaume LECUYER : « Les enseignements constitutionnels de la décision n° 2011-131 QPC », *Légipresse*, n° 285, 2011, p. 412). Une autre explication pourrait s'attacher au fait que les études approfondies sur la liberté d'expression sont essentiellement l'œuvre de pénalistes, qui disposent de leurs propres outils, et dont l'intérêt principal ne porte pas sur la constitutionnalité des restrictions. Les juges ordinaires français s'efforcent cependant de suivre la jurisprudence de Strasbourg lorsqu'une violation de l'article 10 est invoquée devant eux, et la doctrine française a tendance à faire siennes les composantes du contrôle des atteintes à la liberté d'expression selon la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. Jean-François BURGELIN : « La loi de 1881 et l'Europe », in Alain CHASTAGNOL et Marie-Christine de PERCIN (dir.), *La loi de 1881, loi du XXI^e siècle ?*, P.U.F., Paris, 2001, pp. 10 s. ; Henri LECLERC : « Du sérieux de l'enquête et de la prudence de l'expression dans les sujets d'intérêt général », *Légipresse*, n° 282, avril 2011, p. 226.

²¹⁴ Cf. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 226 : « La présentation formelle que se donne à elle-même la législation pénale, considérée dans son ensemble, est inspirée par l'application du critère de l'intérêt protégé ».

INTRODUCTION

entre les « intérêts de la société » et les « intérêts individuels »²¹⁵. Le problème d'une telle méthode est qu'elle conduit à se prononcer sur l'intérêt protégé par une limite, et donc à quitter l'étude juridique pour des considérations d'un autre ordre.

63. Une analyse normativiste de l'ordre juridique ne se préoccupe pas du but des normes. Sous cet angle, l'étude de la liberté d'expression ne peut se baser ni sur les théories axiologiques de la liberté d'expression, ni sur le bien protégé par une restriction. Plutôt que sur le but, l'attention portera sur le moyen²¹⁶, et plus précisément sur la manière dont les normes décrivent l'expression visée. Le fait générateur d'une norme générale limitant la liberté d'expression peut être spécifié avec certains éléments relatifs au temps (tel le discours préélectoral), au locuteur (telles les limites spécifiques concernant les fonctionnaires), au récepteur (tels les mineurs), ou encore au degré de diffusion (telle la publicité des propos)²¹⁷. Cependant, dans les ordres juridiques étudiés, les limites supérieures de la liberté d'expression concernent plus directement le comportement expressif, et particulièrement deux éléments que l'on retrouve dans les normes inférieures : la signification communiquée, et les conséquences de l'expression. En vérité, les autres éléments de description ne sont, dans l'immense majorité des cas, que des précisions supplémentaires, l'expression visée étant essentiellement définie par sa signification et/ou par ses conséquences²¹⁸. Une distinction sera donc opérée entre deux types de limites :

- Les *limites conséquentielles*, pour lesquelles les effets de l'expression sont une condition nécessaire de la définition de l'expression visée.
- Les *limites substantielles*, qui définissent l'expression visée par sa signification, sans égard pour ses conséquences.

Cette distinction intervient à tous les niveaux normatifs du régime de la liberté d'expression.

64. Parmi les limites supérieures de la liberté d'expression, les *limites supérieures conséquentielles* sont les plus fréquentes en pratique. Elles ordonnent ou, le plus souvent, permettent au législateur de restreindre la liberté d'expression lorsque son exercice est susceptible de provoquer certains effets, de porter atteinte à certains droits ou intérêts. Ces limites conséquentielles peuvent être explicitement et spécifiquement prévues dans l'énoncé de la norme

²¹⁵ Cf. par exemple L. PECH, *op. cit.*, pp. 147 ss. et 231 ss. ; V. CHRISTOU, *op. cit.*, pp. 112 ss., 216 ss. et 248 ss. ; Jacques ROBERT et Jean DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris, 8^{ème} éd., 2009, pp. 733 ss. ; J. MORANGE, *op. cit.*, pp. 180 ss. et 202 ss. ; N. DROIN, *op. cit.*, p. 91 ; et à un moindre degré B. LAMY, *op. cit.*, pp. 165 ss. et 231 ss.

²¹⁶ Cf. H. KELSEN, *Hauptprobleme*, *op. cit.*, p. 91.

²¹⁷ Les interdictions spécifiques allemande et française du négationnisme exigent la publicité des propos. Cf. les articles 23 et 24 bis de la loi française du 29 juillet 1881, et les articles 11 alinéa 3, et 130 alinéas 3 et 5 du code pénal allemand. A cet égard, cf. récemment BVerfG (1^{ère} section de la 1^{ère} chambre), 9 novembre 2011, 1 BvR 461/08.

²¹⁸ Une exception serait par exemple une norme en vertu de laquelle « Il est interdit de s'adresser au chauffeur du bus » : l'expression visée est ici définie simplement par son récepteur.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

qui garantit la liberté d'expression²¹⁹. Dans certains systèmes juridiques, une norme prévoit des limites conséquentielles générales, applicables à plusieurs ou à tous les droits fondamentaux²²⁰. En dehors des limites expressément prévues dans la norme supérieure, les systèmes juridiques étudiés permettent également, sous certaines conditions, de limiter la liberté d'expression lorsque son exercice porterait atteinte à un autre droit fondamental. Mais il existe également, beaucoup plus rarement en pratique, des *limites supérieures substantielles* de la liberté d'expression. Les expressions véhiculant certaines significations doivent alors, ou peuvent être, soumises à une sanction, sans considération pour leurs effets.

65. L'examen des normes de rang inférieur incite à affiner la distinction entre limites conséquentielles et substantielles. Certaines restrictions exigent que l'organe qui les concrétise examine si l'expression porte directement atteinte à un intérêt, si elle provoque directement la conséquence permettant, en vertu d'une limite supérieure, de limiter la liberté d'expression. Bien sûr, examiner si une expression provoque certains effets nécessite auparavant d'identifier la signification qu'elle véhicule. Ce type de normes peut être qualifié de *restrictions conséquentielles directes* : elle visent l'expression (E) dont la signification (S) provoque une certaine conséquence (C).

$$E = S \rightarrow C$$

66. Un autre type de restriction exige pour sa concrétisation d'identifier une conséquence qui n'est pas provoquée directement par l'expression, mais par ses récepteurs. L'organe de concrétisation examinera donc si l'expression est susceptible de conduire à la conséquence. Ces *restrictions conséquentielles indirectes* visent l'expression (E) véhiculant une signification (S) qui risque de conduire ses récepteurs (R) à provoquer une certaine conséquence (C).

$$E = S \rightarrow R \rightarrow C$$

67. Dans une restriction conséquentielle, la signification communiquée par l'expression visée peut être spécifiée ou ne pas l'être. Une norme peut interdire, par exemple, les propos infligeant un préjudice psychique à autrui, ou les propos racistes infligeant un préjudice psychique à autrui. Ces deux types de normes sont conséquentiels, dès lors que les effets de l'expression sont un élément de définition du comportement visé. En outre, il convient de souligner que le caractère non causal de la science juridique ne remet pas en cause la pertinence du concept de limite « conséquentielle ». Ce qualificatif ne signifie pas que l'application de la norme est la « conséquence » d'un certain

²¹⁹ Ainsi, l'article 5 de la Loi Fondamentale allemande dispose, après un premier alinéa garantissant la liberté d'expression, que ce droit trouve « ses limites [...] dans les dispositions légale sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel » (traduction officielle, accessible sur le site du gouvernement fédéral).

²²⁰ Ainsi, selon l'article 36 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, « Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui ». Cf. aussi l'article 52 alinéa 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

INTRODUCTION

comportement. Ces normes impliquent simplement qu'il revient à l'organe chargé de les concrétiser d'établir si une certaine expression a produit ou est susceptible de produire certains effets²²¹. De manière très classique, l'organe d'application de la norme doit examiner si l'état de fait auquel la norme attache une sanction est réalisé.

68. Mais la distinction entre conséquences directes et indirectes²²² n'épuise pas les différentes formes de restrictions de la liberté d'expression. Il est également possible que la norme n'exige pas de son organe de concrétisation la vérification de la production ou de la vraisemblance d'une conséquence. Une *restriction substantielle* définit l'expression (E) par sa signification (S), sans égard pour ses effets.

$$E = S$$

69. Il convient d'insister sur le fait qu'une restriction substantielle vise l'expression d'une certaine signification, et non la prononciation ou la publication de certains mots. Il existe certes de telles *restrictions littérales*, mais elles sont très rares²²³ et ne doivent pas être confondues avec les restrictions substantielles.

70. Le Professeur Emerson remarquait que l'impact d'une expression était davantage susceptible d'être « direct et immédiat » sur un intérêt individuel que sur un « intérêt de la société »²²⁴. La distinction adoptée ici entre les restrictions conséquentielles directes et indirectes correspondra donc dans une certaine mesure à la classification retenue par les auteurs qui se fondent sur l'« intérêt protégé ». Néanmoins, en se concentrant sur la définition normative de l'expression, on évite non seulement de se prononcer sur l'intérêt protégé, mais on échappe également à certains problèmes de classification. En effet, « dans une certaine mesure, tout conflit aura simultanément des implications publiques et privées »²²⁵, ce qui pose une difficulté aux études qui partent de l'intérêt protégé. La méthode retenue est particulièrement avantageuse à l'égard des lois qui n'indiquent pas explicitement la limite supérieure qu'elles concrétisent,

²²¹ Cf. *infra*, Chapitre 5.

²²² Le Professeur Schauer propose une typologie similaire dans F. SCHAUER : « The Phenomenology of Speech and Harm », 103 *Ethics* (1993), pp. 642 ss. Le Professeur Sumner distingue entre les préjudices directs et indirects du discours de haine dans L. W. SUMNER : « Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis », in I. HARE et J. WEINSTEIN (dir.), *op. cit.*, pp. 208 s. Le Professeur Post distingue le préjudice « contingent » du préjudice « intrinsèque » dans Robert C. POST : « Blasphemy, the First Amendment and the Concept of Intrinsic Harm », 8 *Tel Aviv University Studies in Law* 293 (1988), p. 294.

²²³ Cf. quelques exemples *infra*, par. 1032 ss.

²²⁴ Th. EMERSON, *art. cit.*, p. 921. Cf. cependant, à propos d'une distinction plus pertinente entre le caractère matériel ou moral du préjudice, Gisèle SAPIRO, *La responsabilité de l'écrivain*, Seuil, Paris, 2011, pp. 50 s. : selon « le duc de Broglie, le mal qu'on peut commettre par voie de publication est de deux sortes : s'agissant des intérêts matériels de la société ou de l'un de ses membres, les idées n'ont pas de prise sur eux, « sinon à armer le bras du malfaiteur, et l'exciter à attaquer ou la vie, ou la propriété de ses concitoyens, ou les institutions à l'abri desquelles la vie et la propriété reposent » ; elles ont en revanche directement prise sur les intérêts moraux de la société ou des individus ». L'auteur renvoie à L.-R.-B. MAISEAU, *Manuel de la liberté de la presse*, Paris, 1819 [*non vidi*].

²²⁵ Th. EMERSON, *art. cit.*, p. 921.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

le paradigme d'un tel cas étant constitué par les restrictions substantielles de la liberté d'expression.

71. La distinction entre restrictions conséquentielles et substantielles est susceptible d'évoquer quelques bribes célèbres de la philosophie du langage, en particulier certains concepts dus à John Langshaw Austin : l'énoncé performatif, ainsi que les actes locutoire, illocutoire et perlocutoire²²⁶. Si certaines similitudes existent entre la distinction retenue et ces concepts, il semble néanmoins justifié de ne pas adopter cette terminologie pour procéder à la typologie des limites de la liberté d'expression.

72. John Langshaw Austin fut l'un des premiers philosophes du langage à s'intéresser au langage ordinaire, et non aux seuls langages logiques ou mathématiques dont tous les énoncés représentaient un état de choses vrai ou faux²²⁷. Il a ainsi mis à jour l'existence d'énoncés performatifs qui, contrairement aux énoncés constatifs, ne décrivent pas le monde mais instaurent une réalité nouvelle, constituent un acte²²⁸. Au sein d'une entreprise de description du régime juridique de la liberté d'expression, le concept de performatif est un piège, comme l'illustre l'exemple suivant. Selon le Professeur Sunstein, lorsqu'un employeur dit : « Je vais vous renvoyer sauf si vous couchez avec moi », l'énoncé ne provoque pas le harcèlement, ne conduit pas au harcèlement, mais constitue lui-même l'acte de harcèlement. Il serait ainsi possible de considérer qu'un comportement qui semble expressif constitue en fait la commission d'un acte illégal, explique cet auteur en évoquant Austin²²⁹. Cependant, de ce point de vue, tout énoncé correspondant à une expression visée par une norme constituerait un tel acte : une expression jugée diffamatoire ne provoque pas la diffamation mais « est » une diffamation, et il en est de même pour une publicité trompeuse, ces deux exemples étant ceux que le Professeur Sunstein entend démarquer du harcèlement. Si l'on qualifie d'énoncé performatif les propos visés par une restriction de la liberté d'expression, ces normes ne

²²⁶ On trouve également en français les mots locutionnaire, illocutionnaire et perlocutionnaire. La terminologie retenue ici est celle qui fut adoptée dans l'œuvre de référence de Oswald DUCROT et Jean-Marie SCHAEFFER, *Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Seuil, Paris, 1995 ; et par le traducteur de *How to do Things with Words*. Les termes « philosophie du langage », dans les développements qui suivent, désigneront uniquement, de manière très restrictive, la philosophie du langage ordinaire et plus particulièrement la pragmatique et la théorie des actes de langage. Sur la pragmatique, cf. O. DUCROT : « Composants de la description linguistique », in O. DUCROT et J.-M. SCHAEFFER, *op. cit.*, pp. 131 ss.

²²⁷ La présentation qui suit doit beaucoup aux deux limpides introductions à la pragmatique rédigées par François Récanati, F. RECANATI, *La transparence et l'énonciation, Pour introduire à la pragmatique*, Seuil, Paris, 1979 ; F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, Minuit, Paris, 1981.

²²⁸ Quelques auteurs ont été les précurseurs d'Austin sur ce point, parmi lesquels l'égyptologue Alan Henderson GARDINER, *The Theory of Speech and Language*, Clarendon, Oxford, 1932 [non vidi] ; et le viennois Karl BÜHLER, *Théorie du langage*, trad. D. Samain, Agone, Marseille, 2008 (1934). Cf. Sandrine PERSY-VIALARD, *La linguistique de Karl Bühler, Examen critique de la Sprachtheorie et de sa filiation*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2005, pp. 187 ss.

²²⁹ Cass R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, New York, 1993, p. 126. Le Professeur Sunstein écarte une telle démarche, mais pas en raison de la confusion soulignée ici.

INTRODUCTION

visent tautologiquement que des énoncés performatifs, et cette définition circulaire n'est d'aucun secours.

73. John L. Austin est de toute façon rapidement revenu sur cette distinction pour considérer que le fait de constater, d'affirmer quelque chose, consistait également en l'accomplissement d'un acte²³⁰. Il en a conclu, comme le résume François Récanati, que « [t]ous les énoncés [...] sont performatifs au sens où, en les énonçant, le locuteur accomplit un acte »²³¹. Il a alors soutenu que toute énonciation comportait un acte locutoire, un acte illocutoire, et le plus souvent un acte perlocutoire²³². L'acte locutoire consiste à exprimer une signification, et l'acte illocutoire dote l'énoncé d'une certaine force : il constitue l'acte de demander, de conseiller, d'avertir, etc²³³. L'acte perlocutoire, enfin, désigne ce qui est accompli non pas *en* procédant à l'énonciation (acte illocutoire), mais *au moyen* de l'énonciation, *par elle*²³⁴. Il se rapporte aux conséquences secondaires, plus lointaines, de l'énonciation²³⁵. On peut interroger quelqu'un (acte illocutoire), explique Oswald Ducrot, pour lui rendre service ou pour l'embarrasser (acte perlocutoire)²³⁶.

74. L'idée de conséquence, centrale dans la distinction retenue par la présente étude, apparaît donc ici, mais un premier problème concerne sa localisation précise. En effet, s'il apparaît de prime abord que la conséquence d'une expression réside dans son aspect perlocutoire, les choses sont loin d'être certaines. Il semble, en premier lieu, que les philosophes du langage se soient

²³⁰ John Langshaw AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, trad. fr. G. Lane, Seuil, Paris, 1970 (1962), par exemple p. 91 (par référence à la pagination originale, indiquée dans la marge de la traduction française). Cf. aussi John SEARLE : « Austin on Locutionary and Illocutionary Acts », *Philosophical Review* (1968), pp. 405 s. Selon Olivier Cayla, Austin n'a évoqué la distinction entre constatif et performatif que dans le but pédagogique de montrer la nécessité de s'en écarter. Olivier CAYLA : « Austin, Quand dire, c'est faire », in O. CAYLA et Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, Paris, 2010 (2008), p. 18.

²³¹ F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, *op. cit.*, p. 84.

²³² J. L. AUSTIN, *op. cit.*, pp. 94 ss. Cf. O. DUCROT : « Langage et action », in O. DUCROT et J.-M. SCHAEFFER, *op. cit.*, pp. 782 s.

²³³ Cf. J. L. AUSTIN, *op. cit.*, pp. 94 ss. ; F. RECANATI, *La transparence et l'énonciation*, *op. cit.*, p. 119 ; F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, *op. cit.*, p. 20. La distinction a pu être critiquée, en ce que la signification ne peut être séparée de la force illocutoire : *affirmer* que le chat est sur le paillason, pour reprendre l'exemple classique (*The cat is on the mat*), n'a pas la même signification que *demander* si le chat est sur le paillason. Cf. par exemple J. SEARLE, *art. cit.*, p. 412 ; Max BLACK : « Austin on Performatives », in M. BLACK, *Margins of Precision*, Cornell University Press, Ithaca, 1970, p. 220. La distinction peut cependant être maintenue, si l'on considère qu'un acte illocutoire (une force) est indiqué au niveau locutoire, mais n'est pas forcément le même que celui qui est effectivement accompli. Cf. F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, *op. cit.*, p. 253.

²³⁴ Cf. J. L. AUSTIN, *op. cit.*, p. 107. Cf. aussi l'exemple donné dans *ibid.*, p. 109 : « en disant cela, je l'avertissais » (illocutoire) ; « par le fait de dire cela, je le convainquis, le surpris, le retins » (perlocutoire).

²³⁵ Cf. F. RECANATI : « La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure », in Paul AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P.U.F., Paris, p. 31.

²³⁶ O. DUCROT : « Langage et action », *art. cit.*, p. 783.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

bien moins intéressés à cet aspect de la théorie austinienne²³⁷. Certains ont préféré s'efforcer de sauver la distinction constatif/performatif en insistant sur la « direction de correspondance » entre la parole et la réalité qui sépare deux types d'actes illocutoires. Ainsi, si toute énonciation implique un tel acte, il n'en demeure pas moins que certains de ces actes, tel un ordre, entendent modifier la réalité, tandis que d'autres, telle la description, entendent se conformer à la réalité. Les expressions du premier type auraient une force performative, et les secondes une force constative²³⁸. Le doute est alors permis relativement à la dénomination devant être retenue pour qualifier les normes visant une expression provoquant certaines conséquences : limite perlocutoire ou limite illocutoire performative ? On pourrait résoudre le problème en soutenant qu'il s'agit là de deux appellations d'un même concept, mais cela semble inexact. L'acte illocutoire, performatif ou non, est immédiat : un ordre, en tant qu'ordre, modifie la réalité en ce qu'il laisse son destinataire face au choix entre l'obéissance ou la désobéissance. Surtout, l'effet illocutoire est relatif à la signification. Il consiste simplement en ceci que le récepteur des propos comprend la force attribuée par le locuteur à son énoncé, en ce qu'il perçoit qu'il s'agit par exemple d'un ordre, et non d'un conseil²³⁹. L'acte perlocutoire a des conséquences plus lointaines. Il s'agit de celui qui « provoquera [...] certains effets sur les sentiments, les pensées, les actes de l'auditoire, ou de celui qui parle, ou d'autres personnes encore »²⁴⁰. Austin donne des exemples tels que persuader, dissuader, importuner²⁴¹, auxquels Searle ajoute notamment effrayer le récepteur, l'inquiéter, ou l'amener à faire ce qu'on lui demande²⁴².

75. Le critère essentiel de la distinction semble résider dans le caractère conventionnel de l'effet illocutoire, et le caractère réel, naturel, des conséquences des actes perlocutoires. L'effet illocutoire se développe au sein de conventions, linguistiques ou autres²⁴³, tandis que « les effets suscités par les perlocutions sont de vraies conséquences, dénuées de tout élément conventionnel »²⁴⁴. Ceci explique peut-être le relatif désintérêt de la philosophie du langage pour cet aspect de la théorie austinienne. Cependant, comme le souligne Austin, « il est

²³⁷ Le silence de François Récanati à cet égard dans les deux ouvrages cités est éloquent. Cf. en particulier F. RECANATI, *La transparence et l'énonciation*, op. cit., p. 119 : « Austin, abandonnant l'opposition performatif/constatif, distingue désormais en tout énoncé [...] un aspect locutionnaire et un aspect illocutionnaire ». John Searle n'aborde que très brièvement la question de la perlocution dans *Les actes de langage, Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, Paris, 1972 (1969), p. 62. Cf. aussi, critiquant le manque d'intérêt de la philosophie du langage pour l'aspect perlocutoire, Ted COHEN : « Illocutions and Perlocutions », *Foundations of Language* (1973), p. 492.

²³⁸ Cf. F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, op. cit., p. 85.

²³⁹ Cf. J. L. AUSTIN, op. cit., pp. 115 s. ; J. SEARLE, op. cit., p. 88.

²⁴⁰ J. L. AUSTIN, op. cit., p. 101. Cf. dans le même sens J. SEARLE, op. cit., p. 62.

²⁴¹ J. L. AUSTIN, op. cit., pp. 101 s.

²⁴² J. SEARLE, op. cit., p. 62.

²⁴³ Les premiers exemples, demeurés célèbres, d'énoncés performatifs proposés par Austin développent pour l'essentiel d'entre eux leur effet illocutoire dans le cadre de conventions juridiques : « Je vous déclare mari et femme », « la séance est ouverte »... Cf. Jacques BOUVERESSE : « Propos introductifs », in P. AMSELEK (dir.), op. cit., p. 11.

²⁴⁴ J. L. AUSTIN, op. cit., p. 102. Cf. aussi Peter Frederick STRAWSON : « Intention and Convention in Speech Acts », *Philosophical Review* (1964), p. 441.

INTRODUCTION

difficile de dire où commencent et finissent les conventions »²⁴⁵. La difficulté de distinguer les deux concepts est un premier facteur dissuadant leur adoption²⁴⁶.

76. Il n'en demeure pas moins que la distinction entre l'acte illocutoire, relatif à la signification des propos, et l'acte perlocutoire, doté de conséquences, ressemble beaucoup à la distinction entre les limites substantielles et conséquentielles. Il paraissait pourtant justifié d'adopter une nouvelle conceptualisation.

77. Il est opportun, pour des raisons heuristiques, de choisir les instruments d'analyse en fonction de l'objet étudié. Or, le régime juridique d'une expression ne dépend évidemment pas de son statut pragmatique, de sa description en termes austiniens, mais des normes organisant la liberté d'expression²⁴⁷. Si toutes les conséquences permettant, en vertu d'une norme, de limiter la liberté d'expression semblent être de nature perlocutoire, tous les effets perlocutoires ne justifient évidemment pas juridiquement une restriction de la liberté d'expression²⁴⁸. Par ailleurs, la philosophie du langage accorde souvent beaucoup d'importance à l'intention du locuteur²⁴⁹, ce qui n'est guère problématique puisqu'elle se situe à un niveau d'analyse abstrait et ne s'occupe généralement pas de propos concrets. Les normes limitant la liberté d'expression sont, pour leur part, destinées à être appliquées, au dernier niveau de concrétisation, à des énoncés prononcés par de véritables individus dans des situations réelles. Or, les états mentaux d'autrui sont inaccessibles et ne sauraient être l'objet de normes juridiques. Une référence trop prégnante à l'intention est dès lors susceptible d'induire en erreur. L'« intention » joue certes un rôle dans le régime de la liberté d'expression, mais elle désigne en fait autre chose qu'un phénomène psychique²⁵⁰. Pour ces deux raisons au moins, les catégories

²⁴⁵ J. L. AUSTIN, *op. cit.*, p. 118. Cf. aussi, démontrant que certains actes perlocutoires peuvent parfaitement être considérés comme conventionnels, T. COHEN, *art. cit.*, p. 500.

²⁴⁶ Austin n'ignorait pas la complexité de sa distinction. Cf. J. L. AUSTIN, *op. cit.*, p. 109 (« La distinction entre illocutions et perlocutions paraît plus que toute autre susceptible de faire problème ») ; cf. aussi, à propos de la distinction tripartite, la note sur son manuscrit signalée dans *ibid.*, p. 103 (« Tout ceci manque de clarté »).

²⁴⁷ Cf., dans le même sens, K. GREENAWALT, *Speech, Crime & the Uses of Language*, Oxford University Press, New York, 1989, pp. 58 s. Le Professeur Greenawalt adopte un concept d'« énoncé modifiant la situation » (*Situation-Altering Utterances*) qui est voisin des restrictions conséquentielles définies ici. Sa démarche générale diffère cependant fortement de celle retenue dans la présente étude puisqu'il entreprend, de manière très fine et détaillée, de préconiser un régime juridique de la liberté d'expression en fonction des justifications politiques de ce droit. Cf. *ibid.*, notamment, pp. 42 et 220.

²⁴⁸ Cf. Niilo JÄÄSKINEN, concl. sur CJUE, *Aldo Patriciello*, 9 juin 2011, C-163/10, § 83 : « les opinions doivent être étudiées comme des actes, plus précisément, comme des actes de langage qui peuvent constituer ou non des délits tels que la dénonciation calomnieuse, la diffamation ou l'injure ».

²⁴⁹ Cf. J. SEARLE, *op. cit.*, pp. 83 s. ; F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, *op. cit.*, p. 20 ; et surtout P. F. STRAWSON, *art. cit.*, pp. 449 ss. Sur l'apport de Paul Grice et de Peter Strawson quant au rôle de l'intention dans la communication, cf. F. RECANATI, *La transparence et l'énonciation*, *op. cit.*, pp. 175 ss. Un énoncé est compris si le récepteur reconnaît l'intention illocutoire du locuteur : celui-ci entend faire comprendre au destinataire de ses propos qu'il souhaite, par exemple, l'avertir et non le menacer.

²⁵⁰ Cf. *infra*, par. 1182 ss.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

formulées par Austin ne semblent pas correspondre précisément aux restrictions juridiques de la liberté d'expression²⁵¹.

78. Rien n'empêche certes d'adopter les termes d'Austin pour désigner des objets différents. Mais dès lors que les outils de la philosophie du langage ne correspondent pas aux objets que l'on entend décrire, il semble préférable d'opter pour une terminologie ayant le double avantage d'être plus intuitive pour le lecteur peu adepte de la théorie des actes de langage, et moins trompeuse pour le connaisseur d'Austin et de ses exégètes, qui n'aurait pas retrouvé les mêmes concepts derrière un vocabulaire identique.

79. La prudence recommande, enfin, de renoncer à la terminologie austinienne. Le présent travail n'a pas la prétention de faire preuve d'une totale maîtrise de la philosophie du langage. Si certains recours ponctuels à cette discipline ont parfois semblé utiles, il est apparu préférable de ne pas donner une telle orientation à l'ensemble de cette étude, et d'éviter de devoir systématiquement s'engager sur le statut pragmatique de telle ou telle expression.

80. Ces remarques ne doivent pas laisser penser que les enseignements de la philosophie du langage seront complètement ignorés dans l'analyse qui suit. S'ils n'ont pas été retenus pour décrire les normes générales organisant la liberté d'expression, ils retrouvent une certaine pertinence lorsqu'il s'agit d'examiner ce qu'on peut qualifier de « pragmatique juridictionnelle », c'est-à-dire l'application de ces normes à des propos concrets. Il serait absurde d'ignorer par exemple que la signification d'une expression dépend de son contexte d'énonciation. La description de la concrétisation maximale des limites de la liberté d'expression trouvera donc une certaine aide dans la philosophie du langage ordinaire.

b. Domaine et degré de protection

81. L'étude du régime juridique d'un certain comportement (les propos négationnistes) au regard d'un droit fondamental (la liberté d'expression) implique d'établir si le comportement étudié est concerné par le droit fondamental. Le négationnisme, en tant que communication d'une signification, appartient sans conteste au *domaine de réglementation* de la liberté d'expression, lequel recouvre le champ d'activité humaine où intervient le droit fondamental. Il est cependant possible que le droit fondamental ne concerne qu'une partie de ces comportements. Il convient donc d'identifier, à l'intérieur de ce domaine de réglementation, un *domaine de protection*²⁵². La distinction entre le domaine

²⁵¹ Cf. T. COHEN, *art. cit.*, p. 502 : le système juridique de la liberté d'expression, explique l'auteur à propos d'un cas particulier mais qui peut être généralisé ici, ne constitue pas un subtil compte-rendu de l'utilisation du langage.

²⁵² Sur cette distinction entre domaine de protection (*Schutzbereich*) et domaine de réglementation (*Regelungsbereich* ou *Sach- und Lebensbereich*), issue de la doctrine allemande, cf. Bodo PIEROTH et Bernhard SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, Müller, Heidelberg, 25^{ème} éd., 2009, par. 212 ss. Cf. aussi Peter LERCHE : « Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff », in Joseph ISENSEE et Paul KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren*, Müller, Heidelberg, 2^{ème} éd., 2000, par. 11 ; Renata MARTIN : « Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung ? », *DÖV* 2007, p. 457. Cf., dans le même sens en

INTRODUCTION

de réglementation et le domaine de protection, issue de la doctrine allemande, est traditionnellement illustrée à l'appui de l'article 8 de la Loi Fondamentale, selon lequel « tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalables »²⁵³. Le domaine de réglementation engloberait toutes les réunions, tandis que le domaine de protection serait limité aux assemblées pacifiques²⁵⁴. Cependant, cet exemple ne permet guère de saisir la différence entre les deux domaines pour des droits fondamentaux comme la liberté d'expression, dont l'énoncé n'adjoint aucune condition à la permission qu'il édicte. On peut par ailleurs très bien considérer que le domaine de réglementation de l'article 8 est limité aux réunions pacifiques.

82. Il s'agit donc d'établir s'il existe des normes qui délimitent le domaine de protection d'une manière plus étroite que le domaine de réglementation de la liberté d'expression. La Cour suprême du Canada, par exemple, refuse que l'on mette « une personne au ban de la Constitution »²⁵⁵, et s'est prononcée pour une identité entre les deux domaines²⁵⁶. Mais il est possible que des normes supérieures excluent certains comportements expressifs de la protection de la liberté d'expression²⁵⁷. Ainsi, l'article 16 de la Constitution d'Afrique du Sud précise dans son second alinéa que le droit garanti à l'alinéa premier ne

Autriche, Gabriele KUCSKO-STADLMAYER : « Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte », in Detlef MERTEN et Hans-Jürgen PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VIII/1, Grundrechte in Österreich*, Müller, Heidelberg, 2009, pp. 49-102, par. 78 ss. Le concept de domaine de protection semble également apparaître chez certains auteurs sud-africains, qui distinguent ainsi la « démarcation » des droits (domaine de protection) de leur limitation (justification de l'atteinte). Cf. Xavier PHILIPPE : « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 », in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 902, note 13. Dans les analyses les plus élaborées sur le premier amendement, le concept de domaine de protection apparaît sous le terme de *coverage*. Cf. Kent GREENAWALT, *Speech, Crime & the Uses of Language*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1989, p. 5 ; Frederick SCHAUER : « Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts », 34 *Vanderbilt Law Review* 265 (1981), pp. 267 ss. Il est erroné de percevoir comme une spécificité américaine la distinction entre le domaine de protection et la justification d'une atteinte au sein de ce domaine. Cf. pourtant en ce sens F. SCHAUER : « The Exceptional First Amendment », *art. cit.*, p. 53.

²⁵³ Traduction officielle, accessible sur le site du gouvernement fédéral.

²⁵⁴ B. PIEROTH et B. SCHLINK, *op. cit.*, par. 215 ; et dans le même sens à propos d'une disposition similaire de la Constitution italienne, O. PFERSMANN : « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *art. cit.*, pp. 89 s.

²⁵⁵ *R c. Zundel* [1992] 2 R.C.S. 731, § 36.

²⁵⁶ *Irwin Toy c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, § 42 : « [...] si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. [...] Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection ». L'exclusion de la violence du domaine de protection, voire de réglementation, de la liberté d'expression semble acceptée dans tous les systèmes juridiques étudiés. Cf., pour l'Allemagne, Herbert BETHGE : « Art. 5 », in Michael SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 5^{ème} éd., C.H. Beck, München, 2009, par. 35 et 178. En droit américain, cf. *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U. S. 886 (1982), p. 916 (« The First Amendment does not protect violence ») ; *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993), p. 484 (« a physical assault is not by any stretch of the imagination expressive conduct protected by the First Amendment »). Sur les problèmes que peut poser la distinction entre la violence et l'impact communicatif d'une expression, cf. *infra*, par. 430 ss.

²⁵⁷ Cf. L. W. SUMNER, *op. cit.*, p. 12, qui évoque en ce sens des « limites internes ».

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

comprend pas certaines expressions²⁵⁸. De manière moins explicite, l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme limite le domaine de protection des autres droits, dont celui à la liberté d'expression garanti à l'article 10²⁵⁹. Les normes délimitant le domaine de protection s'apparentent à des limites supérieures de la liberté d'expression qui rendent inopérantes les conditions de conformité d'une restriction à la norme supérieure. Il conviendra donc d'identifier les éventuelles limites supérieures susceptibles d'exclure le négationnisme du domaine de protection de la liberté d'expression. Par ailleurs, il a été établi précédemment qu'il convenait d'inclure à la présente étude les conditions de limitation de la liberté d'expression introduites par la jurisprudence des organes contrôlant le respect de la norme supérieure²⁶⁰. Il s'agira par conséquent d'examiner si ces organes ont, conformément ou non à la norme supérieure, exclu certaines expressions du domaine de protection.

83. Il ne suffit cependant pas toujours d'établir si les propos négationnistes appartiennent au domaine de protection de la liberté d'expression, car il est possible qu'au sein de ce domaine, le contenu de cette protection varie. Dans les systèmes européens étudiés, la garantie de la liberté d'expression est accompagnée d'une réserve de la loi : lorsqu'un comportement appartient au domaine de protection d'un droit fondamental, une norme restreignant ce comportement doit remplir certaines conditions pour être conforme à la norme garantissant le droit (limites des limites). C'est en cela que consiste justement la protection. Or, ces limites des limites contiennent dans certains cas une exigence de proportionnalité au sens strict, qui se traduit par une « balance » entre différentes valeurs. A l'égard de cette condition, les organes contrôlant le respect de la norme supérieure disposent d'une large marge d'appréciation. Ils se sont donc souvent efforcés de rationaliser ce contrôle en considérant que certains types de propos ne pourront faire l'objet d'une limite que pour la protection d'un intérêt particulièrement important, tandis que d'autres seront passibles de restrictions fondées sur une justification plus légère²⁶¹. Si les organes de contrôle ont souvent motivé leurs décisions uniquement par des considérations propres à la justification politique de la liberté d'expression, il convient de noter que la protection particulière de certaines catégories d'expression découle de la norme supérieure. Ainsi, l'exigence de démocratie prévue dans les ordres juridiques européens étudiés²⁶² peut fonder une protection particulière des propos d'intérêt général, qui concourent à la formation de la volonté majoritaire sur les affaires publiques.

²⁵⁸ « The right in subsection (1) does not extend to a) propaganda for war; b) incitement of imminent violence; or c) advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm ».

²⁵⁹ Cf. *infra*, par. 539 ss.

²⁶⁰ Cf. *supra*, par. 49 ss.

²⁶¹ Sur l'identification des « intérêts » protégés par une limite de la liberté d'expression, et l'analyse normativiste du contrôle de proportionnalité, cf. *infra*, par. 956 ss.

²⁶² Cf. le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, le premier article de la Constitution française de 1958, et l'article 20 de la Loi Fondamentale. Cf., dans le même sens en droit américain, *infra*, par. 100.

INTRODUCTION

84. Il est dès lors possible qu'à l'intérieur du domaine de protection, les conditions de conformité à la norme garantissant la liberté d'expression varient selon la catégorie d'expression visée. Ce degré d'exigence des « limites des limites » sera désigné comme le « degré de protection ». Ainsi que l'a remarqué un éminent auteur américain, une fois que l'on a identifié le domaine de protection (*ambit of constitutional protection*), il s'agit de déterminer le *niveau* de cette protection (*level of constitutional protection*), qui n'est pas identique pour tous les comportements expressifs couverts par le droit fondamental²⁶³.

85. Le fait que cette idée apparaisse dans la doctrine américaine ne manque pas de surprendre. En effet, la garantie de la liberté d'expression n'est pas accompagnée, dans la Constitution, d'une réserve de la loi, mais est au contraire formulée de manière négative et absolue : « le Congrès ne fera aucune loi [...] qui restreigne la liberté de parole ou de la presse ». Dans les systèmes européens, l'appartenance d'un comportement au domaine de protection ne préjuge nullement de sa protection effective, puisqu'une atteinte à l'intérieur de ce domaine peut être conforme à la Constitution. Aux Etats-Unis, par contre, la question de la justification d'une atteinte à la liberté d'expression ne devrait pas se poser : toute norme intervenant au sein du domaine de protection paraît être inconstitutionnelle. Il n'en est pas tout à fait ainsi, car la Constitution prévoit d'autres garanties, elles aussi formulées en termes absolus. Par exemple, « nul ne sera privé de vie, de liberté ou de propriété sans procédure régulière de droit »²⁶⁴. La Cour suprême considère donc qu'une norme restreignant l'expression est permise si elle constitue une atteinte strictement nécessaire pour permettre la protection d'un intérêt suffisamment important²⁶⁵. Une telle exigence signifie notamment que le préjudice provoqué par l'expression doit être certain, et qu'il doit être impossible d'imaginer une restriction aussi efficace mais moins attentatoire à la liberté d'expression. Il est très rare qu'une restriction satisfasse ces conditions. La justification de l'atteinte est si exigeante, dans le système américain, que l'organisation juridique de la liberté d'expression se fonde essentiellement sur la délimitation du domaine de protection : « quand le Premier Amendement fait son apparition, l'essentiel de la partie est joué »²⁶⁶. La détermination du champ des comportements concernés par la liberté

²⁶³ Harry KALVEN, Jr. : « The Reasonable Man and the First Amendment: Hill, Butts, and Walker », *The Supreme Court Review* 267 (1967), pp. 278 ss. et 290 ss. Cf. aussi F. SCHAUER : « The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience », 117 *Harvard Law Review* 1765 (2004), p. 1771 (distinguant entre l'envergure (*scope*) et la force (*strength*) de la protection offerte par le premier amendement).

²⁶⁴ Cinquième amendement à la Constitution (traduction de E. ZOLLER, *Les grands arrêts, op. cit.*, p. 879).

²⁶⁵ Cf. par exemple *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105 (1991), p. 118 ; et récemment *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. ___ (2011), p. 16. Cette méthode, dite de l'« examen strict » (*strict scrutiny*), est controversée. Cf. *Simon & Schuster v. Members of the New York State Crime Victims Board*, *cit.*, Kennedy conc., pp. 124 ss. ; Eugene VOLOKH : « Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny », 144 *University of Pennsylvania Law Review* 2417 (1997), pp. 2417 ss. Mais sa signification est réduite, dès lors qu'elle aboutit presque toujours à une annulation de la restriction.

²⁶⁶ F. SCHAUER : « The Boundaries of the First Amendment », *art. cit.*, p. 1767.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

d'expression est donc beaucoup plus importante aux Etats-Unis qu'en Europe, parce qu'elle emporte des conséquences quasi-définitives.

86. La délimitation du domaine d'application du premier amendement est nécessaire, sans quoi elle entraverait presque toute l'action du législateur : il n'est guère de loi qui ne soit susceptible de restreindre, d'une manière ou d'une autre, la liberté d'expression²⁶⁷. À titre d'exemple, les journaux seraient livrés plus vite en l'absence des limitations de vitesse sur les voies de circulation. Une première manière de délimiter le domaine d'application du premier amendement consiste donc à considérer que cette disposition ne vise que les normes dont l'objet, et non simplement l'effet, est de restreindre une expression. Dès lors, une norme susceptible en pratique de restreindre l'expression, mais qui porte visiblement sur toute autre chose, ne sera pas concernée par le premier amendement²⁶⁸.

87. Une seconde technique de délimitation réside dans la définition du concept de « *speech* »²⁶⁹. Si le comportement visé par la norme litigieuse n'est pas du « *speech* » au sens du premier amendement, cette disposition constitutionnelle ne s'applique pas. La Cour suprême a donc développé une démarche consistant à qualifier de « *non-speech* » certains comportements qui auraient pu être assimilables à des discours selon le sens commun. Cette méthode, dont les détails seront analysés au long du présent travail, a conduit la Cour suprême à définir des catégories d'expression non protégées par le premier amendement, et donc à mettre indirectement en place une réserve de la loi : le législateur peut restreindre certains propos, qui ne constituent pas du *speech* au sens du premier amendement. Comme ces catégories d'expression non protégée sont définies par plusieurs critères, on peut également dire que le législateur peut intervenir au sein de catégories plus larges, en respectant certaines conditions. Un exemple (fictif, bien qu'inspiré de la jurisprudence de la Cour suprême) paraît utile pour éclairer le propos.

88. Soit la règle suivante : les fausses affirmations factuelles portant atteinte à l'honneur du Président et prononcées avec conscience de leur fausseté n'appartiennent pas au domaine de protection du premier amendement. On peut déduire de cette règle que le législateur est autorisé à édicter une limite à l'encontre de la diffamation du Président, à condition d'exiger que les propos soient faux et que le locuteur ait conscience de cette fausseté. Une réserve de la loi apparaît ainsi dans le régime du premier amendement, à l'égard d'une catégorie d'expression (la diffamation du Président). En ce sens, on peut dire que cette catégorie est « moins protégée » : bien que sa restriction soit absolument interdite, elle deviendra permise si les propos satisfont certaines conditions supplémentaires qui conduisent à leur exclusion du domaine de protection.

²⁶⁷ Cf. Larry A. ALEXANDER : « Trouble on Track Two: Incidental Regulations of Speech and Free Speech Theory », 44 *Hastings Law Journal* 921 (1993), p. 929.

²⁶⁸ Cette problématique implique bien sûr celle de l'« intention du législateur », qui peut être laissée de côté ici, et qui est traitée *infra*, par. 911 ss.

²⁶⁹ Ces deux techniques sont par exemple mentionnées dans *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961), pp. 49 ss.

INTRODUCTION

On perçoit ainsi comment des réflexions sur le degré de protection ont pu intervenir dans la doctrine à l'égard du régime américain de la liberté d'expression.

89. Il convient cependant de garder à l'esprit que cette catégorisation intervient pour préciser le domaine de protection du premier amendement, et non à l'intérieur de celui-ci. Bien sûr, la distinction entre cette *catégorisation délimitative* et la *catégorisation interne* que connaissent les systèmes européens peut sembler artificielle. Le résultat est le même selon que l'on considère, d'une part, qu'à l'intérieur du domaine de protection, la diffamation du Président peut être interdite si la loi la définit en respectant certaines conditions, ou bien d'autre part, que la diffamation satisfaisant ces conditions est en dehors du domaine de protection. Simplement, la seconde option a le mérite de respecter le texte du premier amendement. Elle permet en outre de comprendre comment une norme interdisant de restreindre l'expression a pu donner lieu à une vaste jurisprudence établissant les conditions auxquelles l'expression peut être restreinte.

90. Les méthodologies qui gouvernent le contrôle du respect de la garantie supérieure de la liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe diffèrent donc moins qu'on ne le croit généralement. C'est à tort que l'on oppose une « catégorisation » qui serait exclusivement américaine à une méthode de pondération ou de « balance » qui caractériserait les autres systèmes²⁷⁰. La catégorisation de l'expression intervient tant aux Etats-Unis qu'en Europe. Simplement, elle sert à délimiter le domaine de protection dans le premier cas, et à systématiser le contrôle de proportionnalité dans le second. En outre, catégorisation et pondération sont loin de se situer dans une relation d'opposition. Le cas européen montre clairement que la première est une rationalisation de la seconde. De même, lorsque la Cour suprême a estimé que certains propos n'étaient pas couverts par le premier amendement, elle a notamment défini ces expressions par l'atteinte qu'elles portaient à certains intérêts. Bien qu'elle l'ait récemment contesté²⁷¹, elle a plusieurs fois reconnu explicitement que les catégories non protégées reflétaient une « conciliation »

²⁷⁰ Cf. par exemple V. CHRISTOU, *op. cit.*, p. 57 ; et les références citées dans F. SCHAUER : « The Exceptional First Amendment », *art. cit.*, p. 53. Il est également souvent prétendu que la technique de catégorisation serait par nature plus protectrice de l'expression que la technique de balance. Cf. par exemple V. CHRISTOU, *op. cit.*, p. 61 ; D. KOHLER, *art. cit.*, p. 1236, note 226 ; L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 583 s. Cependant, rien ne justifie de considérer que cette prétendue différence méthodologique détermine les solutions substantielles du contentieux constitutionnel de la liberté d'expression. Cf. F. SCHAUER : « Categories and the First Amendment », *art. cit.*, p. 303. Cf. aussi F. SCHAUER : « Freedom of Expression Adjudication », in Georg NOLTE (dir.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, pp. 62-64.

²⁷¹ *United States v. Stevens*, 559 U.S. ___ (2010), 130 S. Ct. 1577, p. 1586. Pour refuser de déclarer qu'une catégorie d'expression (les vidéos de torture d'animaux) était exclue du champ d'application du premier amendement, la Cour assura que les catégories « non protégées » ne reflétaient pas tant une balance entre divers intérêts que la reconnaissance de leur caractère *historiquement* non protégé. Cf. dans le même sens, encore plus récemment, *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. ___ (2011), p. 4.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

entre l'intérêt de la libre expression et l'intérêt concurrent²⁷². Certains auteurs ont pu justement évoquer en ce sens une application « cristallisée » du « test de l'intérêt impérieux »²⁷³, une balance réalisée sous la forme de l'édiction d'une règle²⁷⁴. Comme le souligne l'un des passages les plus célèbres de la jurisprudence de la Cour suprême sur la liberté d'expression, il est certaines catégories de propos dont la répression ne soulève pas le moindre problème constitutionnel : leur « valeur » est si réduite que « tout bénéfique que l'on pourrait tirer d'elles est clairement surpassé par l'intérêt social de l'ordre et de la moralité »²⁷⁵. Dès lors, on n'hésitera pas à parler de limites supérieures conséquentielles au sein du régime américain de la liberté d'expression, même s'il convient de garder à l'esprit que l'essentiel de ces possibilités de restreindre un comportement expressif n'interviennent pas au sein du domaine de protection du premier amendement, mais servent à délimiter celui-ci²⁷⁶.

D. L'organisation de l'étude

91. Les remarques qui précèdent indiquent qu'une étude du statut juridique du négationnisme doit commencer par le situer par rapport au domaine de l'expression protégée par le droit fondamental, et au sein des catégories impliquant divers degrés de protection. Les démarches doctrinales traditionnelles tendent à fausser ou à court-circuiter la réflexion juridique sur l'interdiction du négationnisme, en tirant des conclusions radicales de certaines caractéristiques de cette expression, sans s'appuyer sur des données juridiques identifiées. Des thèses extrêmes sont ainsi défendues, sans que l'on sache toujours bien si elles relèvent de velléités prescriptives ou si elles entendent décrire le droit positif. Certains auteurs excluent le négationnisme du domaine de protection de la liberté d'expression, d'autres lui confèrent une protection particulière.

²⁷² Cf. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), pp. 763 s. : « it is not rare that a content-based classification of speech has been accepted because it may be appropriately generalized that within the confines of the given classification, the evil to be restricted so overwhelmingly outweighs the expressive interests, if any, at stake, that no process of case-by-case adjudication is required ». Cf. aussi *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974), p. 343 : « we believe that the New York Times rule states an accommodation between [the interest of the press and broadcast media] and the limited state interest present in the context of libel actions brought by public persons » ; *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967), p. 390 ; *Hustler v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988), p. 56.

²⁷³ D. A. FARBER : « L'approche de la liberté d'expression par catégories d'expression en droit constitutionnel américain », in E. ZOLLER (dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 87 s. Le « test » de l'intérêt impérieux (*compelling interest*) est l'appellation américaine de la pondération des intérêts.

²⁷⁴ F. SCHAUER : « Fear, Risk and the First Amendment », *art. cit.*, p. 710. Cf. aussi L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 583.

²⁷⁵ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), p. 572. Cf. *infra*, par. 681.

²⁷⁶ Une autre possibilité consisterait à considérer que les comportements expressifs exclus du domaine de protection du premier amendement relèvent du domaine de protection d'un droit fondamental résiduel, d'une permission générale d'agir, telle qu'elle pourrait par exemple être prévue dans le cinquième amendement selon lequel nul ne sera privé de sa liberté ou de ses biens sans procédure régulière de droit (*due process of law*). Les limites supérieures découleraient alors de cette disposition. Il a néanmoins paru préférable de respecter davantage la présentation doctrinale et jurisprudentielle du régime américain de la liberté d'expression, et de rattacher l'ensemble du système mis en place par la Cour suprême au premier amendement.

INTRODUCTION

Certains auteurs assurent que son interdiction spécifique est obligatoire, d'autres qu'elle est interdite. Il s'agira donc dans un premier temps, à l'égard de chacun des ordres juridiques étudiés, d'établir si le négationnisme appartient au domaine de protection de la liberté d'expression, et s'il peut conformément à la norme supérieure faire l'objet d'une interdiction spécifique (Première Partie).

92. A l'égard de la plupart des systèmes juridiques mentionnés dans ce travail, on parviendra à un résultat intermédiaire, situé quelque part entre la thèse de l'immunité et celle de l'exclusion. Il faudra dès lors établir les exigences incombant aux différentes limites législatives de la liberté d'expression pertinentes, et les comportements qu'elles visent précisément. En d'autres termes, il faudra examiner les restrictions générales applicables au négationnisme, tant du point de vue de leur conformité à la norme supérieure, que de celui de leur application à des propos concrets. De la sorte, on parviendra à identifier les conditions auxquelles une expression négationniste est passible d'une sanction dans les ordres juridiques étudiés (Deuxième Partie).

93. Il apparaîtra que les normes applicables au négationnisme interdisent un comportement plus large que ne le soutiennent certains partisans de ces limites, mais on observera également que dans les systèmes juridiques européens étudiés, les normes supérieures permettent davantage de restrictions à la liberté d'expression que ne semblent le penser les adversaires de l'interdiction du négationnisme. Tout au long de l'étude, c'est en outre l'ébauche d'une théorie générale de la liberté d'expression qui sera proposée, susceptible de servir l'analyse de tous types de limites à ce droit fondamental dans tout ordre juridique.