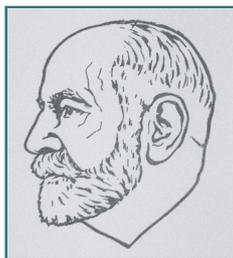


INSTITUT RENE CASSIN DE STRASBOURG

PUBLICATIONS INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME



LE NEGATIONNISME
FACE AUX LIMITES
DE
LA LIBERTE D'EXPRESSION

Etude de droit comparé

Thomas HOCHMANN

Prix René CASSIN 2012

Préface Otto PFERSMANN



EDITIONS A. PEDONE - 13 RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

Le présent travail a bénéficié du soutien des organismes suivants :
(par ordre chronologique)

DAAD (Deutscher Akademischer Austausch Dienst)

Fondation pour la Mémoire de la Shoah

Collège doctoral franco-allemand en droit public comparé européen
(Université franco-allemande)

Mairie de Paris
(Bourse de recherche sur la xénophobie et l'antisémitisme)

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2013

I.S.B.N. 978-2-233-00670-7

PRÉFACE

L'ouvrage qu'on va lire aborde une des questions les plus difficiles et les plus controversées en droit constitutionnel comparé. Thomas Hochmann montre comment des pays de tradition politique et constitutionnelle différente limitent la liberté d'expression au regard des affirmations portant sur la shoah et d'autres crimes de masse, ne le font pas ou ne le font que dans une très faible mesure. Tout en protégeant généralement la liberté de dire ce que l'on pense et la liberté de la recherche historique, l'affirmation selon laquelle le génocide du peuple juif n'aurait pas été mis en exécution par le régime nazi ou n'aurait eu lieu que dans des proportions négligeables est considérée comme répréhensible dans les pays qui ont été affectés par les actes de ce régime. Cette particularité de certains pays européens s'oppose aux conceptions de beaucoup d'autres Etats et suscite, hier et aujourd'hui beaucoup d'interrogations politiques et juridiques. Thomas Hochmann a entrepris de dresser le tableau le plus précis possible sur le plan juridique. Il reconstruit l'arrière plan de philosophique et politique de la question et livre une analyse comparative d'une méthodologie impeccable qui différencie et nuance ces structures juridiques et contribue, de manière critique et nuancée, à la meilleure compréhension des droits fondamentaux¹.

La liberté d'expression constitue sans aucun doute l'une des conquêtes fondamentales du libéralisme politique et de la démocratie, sa protection constitutionnelle et juridictionnelle la confirme dans les formes et techniques de l'Etat de droit. Elle constitue la condition de toute discussion critique et, partant, de toute recherche scientifique. Cependant, même lorsque sa garantie est la plus poussée et la plus fortement enracinée, elle n'est jamais absolue. D'autres droits et d'autres principes constitutionnels la limitent. Et différents ordres juridiques le font de manière bien différentes, alors que ces régimes peuvent être également attachés aux valeurs démocratiques et donc au caractère indispensable du débat, même si ce débat devait heurter des sensibilités par ailleurs parfaitement respectables.

Est-il envisageable de limiter cette liberté de telle façon que certaines affirmations tomberaient sous le coup de la loi pénale ? Les systèmes juridiques les plus libéraux ont toujours admis que la parole pouvait causer un tort et engager la responsabilité de son auteur et la transcription juridique de ce principe constitue naturellement une limite substantielle de la liberté d'expression dont

¹ Cette thèse de doctorat a été soutenue devant un jury composé des professeurs Constance Grewe (Université de Strasbourg), David M. Rabban (University of Texas), Dominique Rousseau (Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Michel Troper (professeur émérite à l'Université de Paris X Nanterre) ainsi que de l'auteur de ces lignes, directeur de la recherche. Le jury – dont certains membres ne partageaient pas les options théoriques du candidat et de son directeur – lui a décerné la Mention Très Honorable avec les Félicitations et a relevé la parfaite maîtrise des ordres juridiques étudiés (France, Allemagne, Autriche, Etats-Unis), la grande finesse des analyses proposées et la rigueur impeccable de l'argumentation.

PRÉFACE

l'ajustement précis peut s'avérer délicat et présenter, de pays en pays, de notables différences. Un problème d'une nature particulière apparaît au lendemain des grandes tragédies de l'histoire. L'Europe présente ici un profil particulier et sans doute inimaginable avant les faits. Dans les pays qui ont connu le nazisme, activement ou passivement ou les deux, ont été perpétrés les crimes de masse les plus odieux que l'humanité ait dû affronter, l'extermination planifiée, industriellement mise en œuvre et honteusement dissimulée de millions de juifs européens et d'autres groupes considérés comme des obstacles au déploiement de l'espace de vie d'un peuple « supérieur ». Ces actes, exercés par leurs citoyens ou par des forces d'occupation ou les deux, et que l'on désigne, en vertu de leur caractère proprement incompréhensible, par le nom de « shoah », ont acquis un statut unique dans le regard que ces pays portent sur leur histoire et sont devenus des éléments constitutifs de leur identité politique. La République fédérale d'Allemagne se définit comme l'antithèse du régime que l'Allemagne a connu avant le 8 mai 1945. Les actes fondateurs de la 2^{ème} République d'Autriche sont conçus en contraposition radicale par rapport à « l'Anschluss » que lui avait imposé l'Allemagne et qu'elle considère alors comme nul et non avvenu². La Constitution française du 27 octobre 1946 s'affirme comme l'incarnation d'une tradition victorieusement opposée au nazisme. L'article XII des dispositions transitoires de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 interdit la réorganisation sous quelque forme que ce soit du parti fasciste dissous et tout le document est fortement marqué par la volonté d'une nette rupture avec les conceptions qu'il propageait. Les régimes communistes établis en Europe centrale et orientale après 1945 ne sont certainement pas des exemples d'Etats de droit démocratiques, mais le projet communiste se prévalait, dans ces pays, d'une légitimité que lui conférait son opposition radicale au fascisme et au nazisme.

De telles positions sont naturellement absentes des textes fondateurs des Etats-Unis ou du Royaume-Uni ou d'autres Etats qui n'ont pas connu l'application de ces idéologies sur leur territoire et avec le soutien de leurs propres citoyens. Les régimes démocratiques post-fascistes européens ont intégré dans leur Constitution des éléments visant à exclure des idées anti-démocratiques et, plus spécifiquement, des idées nazies et fascistes. Pareille opération « militante » limite les droits fondamentaux et exige, dans un Etat démocratique constitutionnel par hypothèse une formalisation elle même constitutionnelle qui peut varier en intensité comme en substance. Toute constitutionnalisation de la

² Ce sont les termes de la Déclaration d'indépendance du 27 avril 1945 (StGBl 1/1945 <Gazette officielle no. 1 du 1^{er} mai 1945>). On notera que cette proclamation développe une narration reconstructive et prospective que l'on pourra assurément discuter sous bien des aspects et notamment le fait que l'Autriche y soit globalement présentée comme une victime entièrement étrangère aux actes. Ce n'est pas ici le lieu de discuter l'implication active de citoyens autrichiens dans la préparation de l'Anschluss ou dans l'acceptation opportuniste de sa réalisation. On ne discutera pas non plus, ici, du caractère moralement ou politiquement approprié des positions allemandes, autrichiennes, françaises, italiennes – ou autres – d'après-guerre par rapport au nazisme ou au fascisme. Une telle discussion, éminemment nécessaire et en constante évolution doit en effet tenir compte de la manière dont ces Etats ont articulé leurs visions sur le plan juridique.

démocratie constitue déjà une restriction de la démocratie majoritaire stricte puisque celle-ci ne s'applique plus que dans un domaine limité et que cette limitation ne peut être modifiée que par un consensus supramajoritaire. La constitutionnalisation de l'interdiction d'un parti et, partant, de ses idées, renforce spécifiquement cette limitation. L'interdiction constitutionnelle de l'expression de certaines idées vise en premier lieu précisément celles qui mettent en cause la nature du régime démocratique et des droits fondamentaux³.

Les actes visés par ces limitations constituent des menaces directes pour la démocratie constitutionnelle. Un problème d'une autre nature apparaît avec les attitudes portant sur la *négarion* de faits historiques. Ceux qui prétendent que le génocide n'aurait jamais eu lieu ou que les chiffres avancés ne seraient pas exacts ou que les circonstances retenues ne correspondraient pas aux faits se prévalent en dernier lieu de la liberté de la recherche historique et de l'impossibilité d'imposer une vérité scientifique par les moyens de la loi. En effet, la justification morale et politique des lois réprimant le négationnisme est bien plus délicate encore que celle des formes plus classiques de la démocratie militante et les opinions demeurent partagées, même parmi ceux qui n'ont pas la moindre sympathie pour les considérations des négationnistes. En vérité, aucune mesure législative n'a jusqu'à présent interdit ou limité le champ de la recherche historique sérieuse, c'est à dire suivant des canons méthodologiques réfléchis et soumis à l'évaluation critique de la communauté scientifique et bien des ajustements ont été opérés en ce qui concerne le déroulement exact des événements. En revanche, la *négarion* de la shoah constitue l'affirmation que le crime n'a pas eu lieu ou que ce n'était pas un crime et vise ainsi clairement à innocenter le régime nazi. Et si le génocide n'a pas été commis, il n'y a pas non plus à proprement parler de victimes de sorte que celles-ci se voient privées de leur statut. C'est un acte paradoxal puisque les idéologies racistes reposent justement sur l'idée qu'il serait préférable que les autres races n'existent pas, en tout cas sur les territoires revendiquées comme appartenant à l'authentique domaine des races « supérieure ». Mais le négationnisme en tant que variante du racisme contemporain honteux veut à la fois la chose – continuer à propager la conception de sa propre supériorité – et son contraire – faire croire que l'appel à l'anéantissement de la race inférieure n'aurait aucune conséquence et pourrait se réaliser de manière entièrement indolore. Le négationnisme vise ainsi à faire accepter la thèse principale du racisme – celle de la supériorité et de l'exclusive légitimité de la domination et de l'appropriation du territoire par la « race pure » – tout en faisant comme si les actes par lesquels ces positions se sont concrètement manifestés dans l'histoire n'en étaient pas la conséquence, parce qu'ils n'auraient jamais été commis ou auraient constitué le résultat de causes différentes et non imputables aux responsables de l'époque. Enfin, la négation des crimes contre l'humanité est aussi celle du caractère fondateur des régimes démocratiques construits sur les décombres des dictatures racistes, c'est à dire, indirectement mais non moins

³ Cf. Otto PFERSMANN, « Legal limits to democratic stability », in Andras SAJO (éd.), *Militant Democracy*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004, pp. 47-68.

PRÉFACE

clairement, des systèmes de normes visant à protéger les libertés de toutes les personnes tombant sous leur juridiction, sans égard pour tout élément qui pourrait être considéré comme une différence par rapport à leur commune appartenance à l'humanité.

Au regard du caractère fondateur de l'exclusion constitutionnelle du racisme pour ces pays, il devenait politiquement indispensable d'incriminer non seulement les attitudes activement racistes, mais aussi celles qui niaient l'existence des actes racistes les plus odieux par rapport auxquels les nouvelles conceptions démocratiques entendent s'affirmer comme des contreprojets. Les restrictions relatives à la liberté d'expression en matière de négationnisme en constituent la transposition juridique.

Il est parfaitement exact qu'il s'agit là de l'interdiction de contester des faits qui, dans cette mesure, sont juridiquement considérés comme vrais et soustraits à toute mise en question critique. On a pu en tirer l'argument que le droit cherchait ainsi à se mêler de ce qui ne peut être de son ressort : établir la vérité *historique* qui ne saurait être que le produit toujours ouvert de la recherche propre à cette discipline. Cette objection n'est pas convaincante. Tout d'abord, les normes ne sont ni vraies ni fausses, elles ne sont pas contrariées par le statut vérifonctionnel d'un énoncé et à l'inverse, la vérité ou la fausseté d'un énoncé ne se laisse pas établir par voie normative. En effet, la norme juridique ne prétend nullement ni ne saurait dire ce qui est vrai ou faux, mais permettre, interdire ou rendre obligatoire un ensemble d'actions, et, dans le cas qui nous intéresse, elle interdit de considérer comme fausses certaines connaissances historiques, établies de manière indépendante. Autrement dit, rien n'empêche un législateur de réprimer certaines prises de parole, peu importe qu'elles soient vraies ou fausses⁴. En deuxième lieu, l'interdiction n'empêche pas la recherche historique, elle réprime l'affirmation de la fausseté de faits que la recherche historique n'a fait que confirmer. La limitation de la liberté d'expression est juridiquement parfaitement possible et dans certaines circonstances, elle peut être considérée comme moralement et politiquement souhaitable. Les pays où cette conception a rencontré un consensus significatif se sont dotés d'instruments juridiques qui la mettent en œuvre. Ils constituent l'objet principal de la thèse.

⁴ Les fondations juridiques reposent souvent sur des reconstructions du passé qui n'ont de valeur qu'en tant qu'elles entraînent des effets juridiques pour l'avenir. L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine affirme que la République n'a jamais cessé d'exister. Il s'agit historiquement d'une affirmation fautive dans la mesure où le régime de Vichy a bien existé et que cette même ordonnance en reprend certains actes. On dira alors qu'il n'a pas existé en droit, qu'il n'était qu'un régime de fait. Mais aussi triste que cela puisse paraître, même cette affirmation est hautement contestable. Il y a bien eu, sur le territoire français, une autorité qui a édicté des normes entre 1940 et 1944. Au regard de ce régime, les actes du gouvernement de la France libre constituaient des actes de fait. Le régime de Vichy est simplement devenu rétroactivement de fait par l'effet normatif de l'ordonnance du 9 août 1944 ; la République n'a jamais cessé d'exister, rétroactivement et en vertu de cette même ordonnance. Mais d'une manière générale, ce qui relève du droit et ce qui relève du fait, parmi les actes ayant un statut sémantique prescriptif, résulte de la supposition de validité sous laquelle on les conçoit, en soi, aucun acte n'est plus juridique qu'un autre.

Le premier problème que rencontre Thomas Hochmann est conceptuel. Il constitue l'une des difficultés trop souvent sous-évaluée de la recherche en droit comparé. Il s'agit de déterminer l'objet de l'enquête indépendamment de la terminologie concrète dans l'ordre juridique concerné. On appréciera tout particulièrement l'effort de l'auteur en ce domaine. Il s'agit en effet de cerner l'objet d'une manière qui ne soit ni trop lointaine de nos conceptions intuitives ni trop prisonnières de leurs imprécisions, ni trop étroite afin de pouvoir exposer des différences pertinentes ni trop larges en vue de garder un domaine clairement délimité⁵.

La difficulté majeure et l'enjeu méthodologique de la recherche réside ensuite dans la combinaison d'un comparatisme permettant de restituer les différences significatives entre les ordres juridiques considérés et d'un normativisme positiviste qui ne considère son objet que sous le seul angle du droit effectivement posé. Si Thomas Hochmann reconstruit les arguments favorables ou opposés à une répression du négationnisme, il tient à juste titre à ne pas confondre le problème du fondement moral et politique d'une telle restriction ponctuelle de permissions d'agir généralement garanties de son organisation juridique concrète. Notre auteur montre la mise en œuvre concrète de la limitation d'une liberté fondamentale. Il s'agit d'une question de dogmatique comparée des droits fondamentaux.

Cela veut dire d'abord qu'une limitation d'une liberté constitutionnelle ne peut trouver son fondement que dans la Constitution elle-même ou dans une norme internationale dans la mesure où de telles normes limitent la compétence de l'ordre juridique considéré et lui imposent, selon des modalités spécifiques, le respect de certaines obligations supranationales. Mais cela veut dire aussi que les concrétisations de ces limitations doivent à leur tour avoir un fondement suffisant dans les normes qui déterminent leur validité et modulent leur *calcul des défauts*. Et c'est assurément dans ce domaine que l'on rencontre les plus vigoureuses controverses.

Deux tendances majeures s'opposent aujourd'hui dans la doctrine constitutionnelle, comparatiste et relatives aux droits fondamentaux : le jurisprudentalisme et le normativisme critique. Pour la position sans doute dominante aujourd'hui, les normes relatives aux droits et libertés sont élaborées par les juridictions chargées de leur protection effective. Cette conception *jurisprudentaliste* présente un fort attrait pour deux raisons différentes et complémentaires : la construction de la connaissance juridique à partir de son élaboration concrète et la généralité résultant d'un travail de justification. Au lieu de s'arrêter à l'étude du texte de la Constitution ou des lois qui les concrétisent, elle s'intéresse à leur application concrète, à la différenciation casuistique, à la configuration finale donnée au domaine de l'étude. Alors que la Constitution paraît lointaine et insaisissable, le cas semble proche, saisi sur le vif, différencié

⁵ Cf. Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in : *Revue Internationale de Droit Comparé* 2001, p.275-288.

PRÉFACE

par les multiples et imprévisibles aspects de l'espèce et porté par un travail de justification que le juriste pourra apprécier dans sa construction, son articulation argumentative et dans le détail de son positionnement. Le deuxième aspect se loge précisément dans cet élément en principe opposé au caractère concret du cas particulier. Le jurisprudentiel expose en tant que normativité générale un commentaire de la motivation offerte par la juridiction. A nouveau, on comprend l'attrait de cette démarche qui restitue les raisons d'une décision et montre comment elles peuvent être comprises comme les véritables normes de la « constitution effective ». La généralité des normes jurisprudentielles sera toujours plus spécifique que celles des données constitutionnelles et leur abstraction toujours plus concrète⁶.

Le *normativisme critique* attaque cette position de plusieurs points de vue⁷. Pour cette conception, le cas concret ne peut être apprécié qu'à la lumière des normes dont il dépend. Il s'agit, en d'autres termes de penser l'espèce à partir de la norme – ici, constitutionnelle – qui le régit et non la norme à partir du cas qui est sensé en constituer la concrétisation. En effet, si le cas faisait la norme, il serait ou bien dépourvu de fondement et ne pourrait même pas être qualifié de décision de justice ou bien il n'y aurait pas de système juridique parce que chaque cas serait à lui seul un ordre normatif sans lien avec les autres données – normes constitutionnelles, lois, autres décisions etc. – que l'on considère pourtant comme faisant également partie du même système. Il s'ensuit que la concrétisation des normes relativement plus générales et abstraites par la voie de normes relativement plus particulières et concrètes est elle-même juridiquement organisée et que la production de normes inférieures selon l'ordre de la production est déterminée par un calcul des défauts, c'est à dire la mise en œuvre d'effets juridiques résultant de l'édition d'actes normatifs « fautifs » – étant valide mais n'ayant pas respecté l'ensemble des exigences les concernant. Un acte normatif valide fautif est une norme qui peut être annulée, modifiée ou désappliquée par un organe ayant pour mission de contrôler la conformité de la

⁶ Le jurisprudentiel réunit paradoxalement deux tendances incompatibles entre elles : le « réalisme » qui cherche à cerner le droit dans ses manifestations concrètes et empiriquement effectives d'une part et le « positivisme jurisprudentiel » qui cherche à dégager un système à partir d'un ensemble de décisions rendues d'autre part. Le réalisme se subdivise à son tour selon qu'il vise à fournir des données permettant de prédire le comportement des acteurs ou selon qu'il ne considère que rétrospectivement les actes énonçant des solutions concrètes (qualifiés – par erreur selon nous – « d'interprétations ») et refuse toute forme de prévision. Le positivisme jurisprudentiel considère à la fois les décisions rendues comme des applications de la constitution ou plus généralement des normes supérieures et comme leur recodification effective. Pour une critique détaillée de ces positions, cf. Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 0, 2002, p. 279-334 et no. 52, 2002, p. 789-836 ; Otto PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in : Bertrand MATHIEU (dir.), 1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Paris Dalloz 2008, pp. 527-544.

⁷ Pour une présentation de la position normativiste relative à la place des actes juridictionnels, cf. Otto PFERSMANN, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in : Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD (sld.) *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Dalloz 2012, pp. 483-528.

production normative. Pour le normativisme critique, le jurisprudentialisme n'est pas en mesure de tenir compte des exigences juridiquement normatives pesant sur la concrétisation, fût-elle par voie de décision juridictionnelle et arrive ainsi au résultat paradoxal que tout décision applicative est non seulement correcte, mais aussi que c'est elle qui crée la norme dont elle dépend. En deuxième lieu, les motivations de décisions jurisprudentielles ne peuvent pas être des normes. En effet, s'il s'agit véritablement de justifications de la solution retenue, les considérants présentent un statut explicatif, les énoncés qui les composent sont vrais ou faux selon qu'ils rendent correctement compte de la substance des normes appliquées (« l'interprétation ») et des choix opérés entre plusieurs solutions possibles (« arguments décisionnels »). S'ils étaient des normes, il ne pourraient être ni vrais ni faux et ne pourraient pas constituer d'explication, ni par conséquent de justification de la décision rendue. Paradoxalement, là encore, le jurisprudentialisme entend renforcer l'Etat de droit en insistant sur le travail applicatif et concret des instances chargées de protéger les droits, et, plus généralement, de garantir la conformité à la Constitution et prive ces mêmes instances de l'élément principal de leur légitimité (juridiquement organisée) : leur obligation de rendre compte des raisons des solutions retenues.

L'apparente faiblesse du normativisme consiste alors, au regard de ses critiques jurisprudentialistes, dans le fait de ne pouvoir rendre compte du poids effectif des décisions concrètes dans le développement du droit. Cette objection constitue une pétition de principe, car le poids effectif d'une décision ne peut à son tour s'apprécier qu'au regard des normes qui organisent sa production et déterminent ses critères de conformité. Elle revient à dire, en dernière conséquence, que les décisions de justice sont auto-fondatrices et auto-suffisantes. Mais c'est précisément dans ce cas qu'elles ne pourraient pas avoir d'effets, du moins d'effets juridiquement organisés,

On conçoit dès lors le défi que relève cette étude au regard d'une problématique aussi complexe que celle de la limitation de la liberté d'expression quant aux faits de négationnisme.

Thomas Hochmann prend délibérément le parti d'exposer les normes qui organisent ces restrictions, mais il tient parfaitement compte des concrétisations jurisprudentielles qu'il restitue avec précision en les situant dans leur contexte juridique. Cette recherche démontre qu'il est parfaitement possible de tenir compte de la jurisprudence sans la confondre avec les normes dont elle constitue la concrétisation souvent correcte et parfois erronée.

Le travail novateur, fouillé et précis de Thomas Hochmann montre alors que les limitations de la liberté d'expression pour cause de négationnisme sont en fait beaucoup plus importantes qu'on ne le penserait à première vue. Voilà sans doute une autre raison pour repenser la jurisprudence comparée dans le contexte constitutionnel et international dont elle demeure juridiquement tributaire.

PRÉFACE

Le travail de Thomas Hochmann, on ne l'oubliera pas, part d'un engagement éthique clairement assumé⁸. L'achèvement de son étude présente l'immense mérite de l'avoir tenu présent à l'esprit sans le confondre avec la question juridiquement pertinente : la répression du négationnisme est-elle constitutionnellement admise dans certains ordres juridiques ?

Otto PFERSMANN

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

⁸ Thomas HOCHMANN a codirigé un ouvrage collectif *Genocide Denials and the Law* paru en 2011 chez Oxford University Press.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

ANATOMIE JURIDIQUE DU NÉGATIONNISME : LES THÈSES DE L'IMMUNITÉ ET DE L'ÉVICTION

TITRE 1

LES MODALITÉS DE L'EXPRESSION NÉGATIONNISTE

**Chapitre 1 : Les fausses affirmations factuelles
face au domaine et au degré de la protection constitutionnelle
de la liberté d'expression**

**Chapitre 2 : Une protection spécifique pour les expressions
(pseudo-)scientifiques ?**

TITRE 2

UN RÉGIME SPÉCIFIQUE POUR L'OPINION NAZIE ET LE NÉGATIONNISME ? DE L'ANTINAZISME CONSTITUTIONNEL À L'EXIGENCE DE NEUTRALITÉ ENVERS LES OPINIONS

Chapitre 3 : Concepts juridiques de la neutralité envers les opinions

Chapitre 4 : La neutralité face au discours de haine traditionnel

SECONDE PARTIE

LES RÉGIMES DE LIMITATION DU NÉGATIONNISME

TITRE 3

RÔLE DE L'ESTIMATION DES CONSÉQUENCES DU NÉGATIONNISME DANS L'ORGANISATION DE SA RESTRICTION

Chapitre 5 : Le négationnisme directement préjudiciable

Chapitre 6 : Le négationnisme indirectement préjudiciable

TITRE 4

LE COMPORTEMENT NÉGATIONNISTE : PRÉCISION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE LA SANCTION

Chapitre 7 : La signification négationniste

Chapitre 8 : L'intention négationniste

TABLE DES MATIÈRES

<i>Préface</i>	5
<i>Sommaire</i>	13
<i>Liste des abréviations</i>	15
<i>Remerciements</i>	17
INTRODUCTION.....	23
§ 1. Le constat : le manque de spécificité de la participation des juristes au débat sur l'interdiction du négationnisme	23
<i>A. Le négationnisme et son incrimination</i>	23
<i>B. La nature essentiellement politique du débat et de la contribution doctrinale</i>	27
<i>C. Tentative d'explication : les fondements traditionnels de la réflexion doctrinale sur la liberté d'expression</i>	31
a. Les « théories » axiologiques de la liberté d'expression	31
b. Le dogme de l'intérêt protégé	37
§ 2. L'objectif : une description précise du régime de l'expression négationniste en droit comparé	42
<i>A. Une analyse normativiste de la liberté d'expression</i>	43
<i>B. Précision de l'objet de l'étude</i>	45
a. Une étude comparative.....	45
b. Le problème de la jurisprudence constitutionnelle	49
<i>C. Les outils de l'étude</i>	59
a. Typologie des normes limitant la liberté d'expression	59
b. Domaine et degré de protection	67
<i>D. L'organisation de l'étude</i>	73

PREMIERE PARTIE

ANATOMIE JURIDIQUE DU NEGATIONNISME : LES THESES DE L'IMMUNITE ET DE L'EVICION

TITRE 1

LES MODALITÉS DE L'EXPRESSION NÉGATIONNISTE

<i>Chapitre 1. Les fausses affirmations factuelles face au domaine et au degré de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression</i>	81
SECTION I. LES AFFIRMATIONS FACTUELLES DANS LE RÉGIME DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION	84
§ 1. L'inclusion des fausses affirmations factuelles dans le domaine de protection de la liberté d'expression	84

TABLE DES MATIÈRES

<i>A. L'inclusion « stratégique » des fausses affirmations factuelles dans le domaine de protection du premier amendement</i>	85
a. L'ignorance des fausses affirmations factuelles dans la « théorie classique » de la liberté d'expression.....	85
b. La protection stratégique des fausses affirmations factuelles.....	87
<i>B. L'inclusion des fausses affirmations factuelles dans le domaine de protection de la « liberté d'opinion » en Allemagne</i>	89
a. L'apparente exclusion des fausses affirmations factuelles volontaires.....	90
b. Les fausses affirmations factuelles volontaires : une catégorie au sein du domaine de protection.....	92
§ 2. Précision de la catégorie des affirmations factuelles.....	96
<i>A. Affirmations factuelles, jugements de valeur, expressions « mixtes »</i>	96
a. L'inclusion des expressions « mixtes » dans la catégorie des affirmations factuelles dans les systèmes allemand et américain.....	97
b. La similitude du régime applicable aux affirmations factuelles et aux expressions mixtes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	100
<i>B. Pertinence du régime américain des affirmations factuelles au-delà des seuls cas de diffamation des personnalités publiques</i>	104
a. L'évolution du régime spécifique en matière de diffamation.....	104
b. La vraisemblable extension du régime des affirmations factuelles au-delà de la seule diffamation des personnalités publiques.....	109
SECTION II. LE RÉGIME DE PROTECTION DES AFFIRMATIONS FACTUELLES.....	112
§ 1. Détermination du degré de protection d'une affirmation factuelle.....	112
<i>A. La conscience de la fausseté de l'affirmation factuelle</i>	112
a. Europe : l'absence d'une croyance raisonnable en la vérité.....	113
b. Etats-Unis : une conscience plus concrète de la fausseté.....	116
<i>B. La charge de la preuve</i>	119
a. Le renversement de la charge de la preuve dans le système américain.....	119
b. Le rejet de la solution américaine à l'étranger.....	121
§ 2. La notoriété d'un fait.....	123
<i>A. Le concept de notoriété</i>	123
<i>B. Implications juridiques de la notoriété</i>	127
a. La pertinence de la notoriété au sein des systèmes allemand et européen.....	127
b. Un concept inopérant dans le cadre du système américain ?.....	128
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	130
<i>Chapitre 2. Une protection spécifique pour les expressions (pseudo-)scientifiques ?</i>	133
SECTION PRÉLIMINAIRE. LES « LOIS MÉMORIELLES » : ARGUMENTS POLITIQUES ET PROBLÈMES JURIDIQUES.....	133
SECTION I. LES DIFFÉRENTS NIVEAUX DE LA PROTECTION SPÉCIFIQUE.....	142
§ 1. Norme supérieure : Une garantie spécifique non universelle.....	142
<i>A. Une protection spécifique dans la Loi Fondamentale allemande</i>	142

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

<i>B. Un régime de droit commun dans les autres systèmes juridiques étudiés</i>	146
a. L'absence d'une protection spécifique en France, aux Etats-Unis et en droit européen	146
b. Une « plus large marge d'appréciation » dans la sanction des propos portant sur le passé national ?.....	150
§ 2. Les réserves dans les restrictions de la liberté d'expression.....	153
<i>A. Inclusion et exclusion : l'exemple de l'art et de la pornographie</i>	153
<i>B. Application de la thèse de l'exclusion aux propos scientifiques</i>	155
a. Normes spécifiques	155
b. Normes non spécifiques.....	158
SECTION II. MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION SPÉCIFIQUE À L'ÉGARD DE DISCOURS D'APPARENCE SCIENTIFIQUE :	
LES EXEMPLES DU NÉGATIONNISME ET DU CRÉATIONNISME	160
§ 1. Le contrôle du caractère scientifique des propos litigieux.....	160
<i>A. Nécessité du contrôle</i>	161
a. Un contrôle mandaté par la norme.....	161
b. Exemples de concrétisations jurisprudentielles « agnostiques » et donc fautives	165
<i>B. Nature du contrôle</i>	171
a. Contenu du contrôle	172
α. Moyens (en particulier : le traitement des sources).....	172
β. But (en particulier : une conclusion postérieure à l'enquête)	175
b. Issue du contrôle.....	176
α. La scientificité non déterminante.....	176
β. La scientificité déterminante pour la protection de l'expression d'apparence scientifique	177
§ 2. Le contrôle de la scientificité comme étape de la concrétisation d'une norme	180
<i>A. Concrétisation et vérité</i>	180
a. Méthode historique et vérité historique.....	180
b. Concrétisation normative et monde réel	184
α. Interdiction du négationnisme et « vérité officielle »	186
β. <i>Exceptio veritatis</i> et vérité historique	188
γ. Science et « science ».....	191
<i>B. Concrétisation et expertise</i>	192
a. L'inévitable ignorance du juge.....	192
b. La prise en compte non contraignante de l'opinion des spécialistes.....	194
c. L'exceptionnelle concrétisation par des experts : le cas de la justice universitaire.....	196
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	204
CONCLUSION DU TITRE 1	207

TABLE DES MATIÈRES

TITRE 2
UN RÉGIME SPÉCIFIQUE
POUR L'OPINION NAZIE ET LE NÉGATIONNISME ?
DE L'ANTINAZISME CONSTITUTIONNEL
À L'EXIGENCE DE NEUTRALITÉ ENVERS LES OPINIONS

<i>Chapitre 3. Concepts juridiques de la neutralité envers les opinions</i>	211
SECTION PRÉLIMINAIRE SIGNIFICATION JURIDIQUE DU « DÉLIT D'OPINION »	211
§ 1. Le « délit d'opinion » dans la doctrine française	211
§ 2. Reformulation juridique de la problématique du « délit d'opinion »	214
§ 3. Pertinence de la problématique en droits allemand et américain	216
<i>A. La « généralité » de la loi dans la Constitution de Weimar</i> <i>et dans la Loi Fondamentale</i>	216
<i>B. Le premier amendement : une exigence de neutralité envers l'expression</i>	219
SECTION I LA NEUTRALITÉ CONSÉQUENTIELLE	220
§ 1. L'unanimité sur certaines restrictions conséquemment neutres	221
<i>A. Les restrictions « de temps, de lieu et de manière »</i>	221
<i>B. Les normes ne visant pas l'impact communicatif</i>	222
a. Une exigence essentielle du système américain de la liberté d'expression	222
b. L'impact communicatif face à la « généralité » de la loi et au « délit d'opinion »	224
§ 2. La divergence : conceptions forte et faible de la neutralité conséquentielle	227
<i>A. L'ampleur de l'« impact communicatif »</i>	227
a. Neutralité conséquentielle faible : la distinction entre l'opinion et l'acte	227
α. Expression et « acte » dans la Sonderrechtslehre et dans la doctrine du « délit d'opinion »	227
β. L'adoption de la Sonderrechtslehre par la Cour constitutionnelle allemande	231
b. Neutralité conséquentielle forte mais relative	235
<i>B. Forme et signification de l'expression</i>	238
a. Neutralité conséquentielle faible : la dissociation de la forme et du fond	238
b. Neutralité conséquentielle forte : l'indissociabilité de la forme et du fond	242
SECTION II. LA NEUTRALITÉ SUBSTANTIELLE	244
§ 1. Absence de l'exigence de neutralité substantielle	244
<i>A. Absence de neutralité substantielle selon la Sonderrechtslehre</i>	244
<i>B. Häntzschel à la Cour suprême : les « effets secondaires »</i>	247
§ 2. Obligation de respect de la neutralité substantielle	252
<i>A. La neutralité substantielle absolue exigée par le premier amendement</i>	252
a. L'interdiction de discriminer entre les opinions	252
b. Le caractère absolu de l'exigence de neutralité substantielle	255
<i>B. Ambiguïtés sur la neutralité substantielle en droit allemand</i> <i>jusqu'à l'arrêt Wunsiedel</i>	259
a. Les ambiguïtés de la Cour de Karlsruhe avant l'arrêt Wunsiedel	259

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

b. L'adoption d'une exigence de neutralité substantielle dans l'arrêt Wunsiedel.....	261
CONCLUSION DU CHAPITRE 3	263
Chapitre 4. La neutralité face au discours de haine traditionnel.....	269
SECTION PRÉLIMINAIRE. DÉMOCRATIE MILITANTE ET LIBERTÉ D'EXPRESSION.....	270
§ 1. La « démocratie militante »	270
§ 2. Deux types de militance et leurs liens avec le discours de haine traditionnel.....	274
SECTION I. LIMITE SUPÉRIEURE SUBSTANTIELLE : L'EXEMPLE DE L'ANTINAZISME CONSTITUTIONNEL	276
§ 1. Limite supérieure substantielle à l'encontre du discours de haine traditionnel	277
A. Une limite substantielle dans la Convention européenne des droits de l'homme	277
B. « Personnalisation » de la limite substantielle : l'exemple autrichien	284
§ 2. Absence de limite supérieure substantielle à l'encontre du discours de haine traditionnel	288
A. La « neutralité militante » allemande.....	288
a. La Cour de Karlsruhe et la « décision » militante du constituant.....	288
b. Le rejet d'un « antinazisme constitutionnel ».....	292
B. L'absence de limite supérieure substantielle à l'encontre de l'expression pronazie en France.....	297
SECTION II. VERS UNE EXCEPTION À LA NEUTRALITÉ SUBSTANTIELLE POUR LE DISCOURS DE HAINE TRADITIONNEL.....	299
§ 1. Les contradictions de la Cour constitutionnelle allemande avant Wunsiedel : étude comparée du contentieux des manifestations pronazies....	300
A. La « neutralité » allemande face à l'antinazisme constitutionnel autrichien.....	300
a. Concrétisation de la limite supérieure substantielle autrichienne à l'encontre des manifestations susceptibles d'être favorables au nazisme.....	300
b. La recherche de restrictions indifférentes à la substance de l'expression dans la jurisprudence constitutionnelle allemande	302
B. La « neutralité » allemande face à la neutralité américaine	307
a. La protection des manifestations néonazies aux Etats-Unis.....	307
b. Une neutralité de surface dans la jurisprudence constitutionnelle allemande.....	312
§ 2. Une exception à la neutralité substantielle pour le discours de haine traditionnel	316
A. La reconnaissance explicite d'une exception à la neutralité substantielle dans l'arrêt Wunsiedel	316
B. La mise en place implicite d'une exception à la neutralité substantielle dans l'arrêt Virginia v. Black.....	322
CONCLUSION DU CHAPITRE 4.....	328
CONCLUSION DU TITRE 2	331
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	333

TABLE DES MATIÈRES

SECONDE PARTIE
LES REGIMES DE LIMITATION DU NEGATIONNISME

TITRE 3

RÔLE DE L'ESTIMATION DES CONSÉQUENCES DU NÉGATIONNISME
DANS L'ORGANISATION DE SA RESTRICTION

<i>Chapitre 5. Le négationnisme directement préjudiciable</i>	341
SECTION I. LA CONSÉQUENCE DIRECTE : LE « PRÉJUDICE PSYCHIQUE »	343
§ 1. La possibilité de sanctionner l'expression infligeant un « préjudice psychique »	343
<i>A. Les limites supérieures conséquentielles concrétisables sous une forme directe</i>	343
a. Des limites conséquentielles délimitatives du domaine de protection en droit américain	344
b. Deux techniques en Europe : la réserve explicite dans la garantie de la liberté d'expression, ou l'atteinte à un « intérêt » protégé par une autre norme supérieure	349
c. L'intérêt pratique de la distinction	352
<i>B. La peu pertinente distinction des différentes conséquences</i>	356
a. La diffamation : une restriction conséquentielle directe	358
b. La spécificité de la dignité humaine	360
§ 2. Le préjudice psychique infligé à un groupe d'individus	364
<i>A. Préjudice psychique et « propos d'intérêt général »</i>	366
a. Le caractère direct de la restriction	367
b. L'inconstitutionnalité de la sanction de l'insulte d'un groupe aux Etats-Unis	371
<i>B. Caractéristiques du groupe passible d'une insulte collective</i>	376
SECTION II. LE NÉGATIONNISME COMME INFLICTION D'UN PRÉJUDICE PSYCHIQUE	380
§ 1. L'identification des victimes	380
<i>A. L'insulte des morts</i>	380
a. La protection directe de la personnalité du défunt en droit allemand	380
b. La protection circonstanciée de la personnalité du défunt en droit français	382
c. L'absence de protection de la personnalité du défunt en droit américain	386
<i>B. Le groupe des victimes « directes » du négationnisme</i>	386
a. Les Juifs et l'insulte collective dans la jurisprudence allemande	387
b. La vérification de l'appartenance au groupe	391
§ 2. La conséquence directe du négationnisme « simple »	396
<i>A. Le préjudice psychique causé par le négationnisme</i>	396
a. Reconnaissance jurisprudentielle du préjudice psychique	396
b. Critiques doctrinales du préjudice psychique	405
<i>B. L'absence de pertinence juridique des critiques : la compétence juridictionnelle d'identification du préjudice psychique</i>	406
a. L'indifférence de la perspective de la victime	407
b. L'indifférence de la perspective du locuteur	409

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

c. L'établissement du préjudice en référence à un standard.....	412
CONCLUSION DU CHAPITRE 5.....	417
Chapitre 6. Le négationnisme indirectement préjudiciable.....	419
SECTION I. LA DISSOCIATION ENTRE LES PROPOS LITIGIEUX ET LA PRODUCTION DE LA CONSÉQUENCE.....	421
§ 1. Le degré de vraisemblance exigé quant à la production de la conséquence indirecte.....	421
A. <i>Une estimation concrète dans le système américain</i>	423
a. Un danger abstrait avant Brandenburg.....	423
b. L'exigence progressive d'un danger concret.....	430
B. <i>Une estimation abstraite dans les autres systèmes juridiques</i>	437
a. Le risque abstrait exigé par la Cour européenne des droits de l'homme.....	437
b. Le danger abstrait dans les systèmes allemand et français.....	440
§ 2. Les restrictions substantielles : une concrétisation indifférente à la conséquence de l'expression.....	446
A. <i>La distinction entre les restrictions substantielles et les restrictions conséquentielles indirectes « européennes »</i>	447
a. Le caractère non strictement substantiel de la restriction conséquentielle indirecte.....	447
b. Le caractère non conséquentiel de la restriction substantielle.....	449
c. L'incitation à la haine : une restriction substantielle.....	452
B. <i>Les interdictions spécifiques du négationnisme : des restrictions substantielles</i>	453
a. Le trouble de la paix publique comme violation d'une norme : une condition automatiquement remplie.....	454
b. Le « trouble de la paix publique » comme « estimation du législateur ».....	456
SECTION II. LA CONFORMITÉ D'UNE RESTRICTION SUBSTANTIELLE À UNE LIMITE SUPÉRIEURE CONSÉQUENTIELLE.....	463
§ 1. L'identification de la limite supérieure concrétisée : un préalable nécessaire au contrôle de la conformité.....	463
A. <i>Le temps perdu de la recherche : l'« intention du législateur »</i>	464
a. L'inutile problème posé par l'intention du législateur.....	464
α. L'impossible ou difficile connaissance de l'objet.....	465
β. Une question dénuée de pertinence.....	466
b. Des apparences trompeuses dans le régime américain de la liberté d'expression.....	467
α. Le rôle apparemment déterminant de l'« intention du législateur ».....	468
β. L'inutilité de l'« intention du législateur ».....	470
B. <i>L'identification de la norme concrétisée à partir du contenu de la norme de concrétisation</i>	472
a. Le processus d'identification de la limite supérieure conséquentielle.....	472
α. La compétence d'identification.....	473
β. La prise en compte du contexte extra-juridique de la norme.....	474
γ. L'« intention du législateur » comme dénomination de la limite supérieure identifiée.....	476
b. Exemples issus du contrôle de restrictions substantielles de la liberté d'expression.....	478

TABLE DES MATIÈRES

α. Identification de la limite supérieure concrétisée par l'interdiction de la pornographie	478
β. Identification de la limite supérieure concrétisée par l'interdiction du négationnisme.....	482
§ 2. Le contrôle de la conformité de la concrétisation : conséquence et « proportionnalité ».....	484
A. <i>La rationalité plutôt que la certitude empirique</i>	487
a. Le pronostic rationnel.....	487
α. La faible exigence de la rationalité du pronostic	488
β. La double fonction de la rationalité.....	490
b. Le rejet de la rationalité.....	491
α. L'absence de rationalité	491
β. L'insuffisance de la rationalité	492
B. <i>Illustrations du contrôle de la « rationalité » du lien entre une signification et une conséquence</i>	495
a. Les conséquences « rationnelles » de la pornographie	495
α. Exemples allemand et canadien	496
β. La simple exigence de rationalité dans le système américain pour l'expression pornographique.....	497
b. Les conséquences « rationnelles » du négationnisme	501
α. L'introuvable conséquence du négationnisme selon le Tribunal constitutionnel espagnol.....	502
β. L'exigence d'une vérification concrète de la conséquence selon le Comité des droits de l'homme	504
CONCLUSION DU CHAPITRE 6.....	509
CONCLUSION DU TITRE 3	511

TITRE 4

LE COMPORTEMENT NÉGATIONNISTE : PRÉCISION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE LA SANCTION

<i>Chapitre 7. La signification négationniste</i>	515
SECTION I. LA LITTÉRALITÉ DES PROPOS :	
UNE CONDITION NI NÉCESSAIRE NI SUFFISANTE.....	519
§ 1. Une catégorie peu fréquente de limites de la liberté d'expression : les restrictions littérales.....	520
A. <i>Nature des restrictions littérales</i>	520
a. Définitions des restrictions littérales	520
b. Hypothèse d'explication de la rareté des restrictions littérales.....	523
B. <i>Deux illustrations de restrictions littérales</i>	524
a. L'interdiction des emblèmes nazis en droit allemand	524
b. Les mots « ordures » dans les médias hertziens aux Etats-Unis : une concrétisation littérale	528
§ 2. La littéralité en dehors des restrictions littérales : le cas de la provocation.....	531

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

A. Une origine de la confusion :
l'« hagiographie » du juge Hand par le Professeur Gunther 532

B. La confusion entre la signification et la lettre de l'expression 536

 a. Provocation « directe » et provocation « littérale » 537

 b. La provocation « directe » : Masses, Brandenburg et Marc Antoine..... 541

SECTION II. LA NÉCESSAIRE INTERPRÉTATION DES PROPOS LITIGIEUX 544

§ 1. La perspective du récepteur moyen plutôt que l'intention du locuteur 545

A. Le rôle de l'intention du locuteur 545

 a. Indifférence de la « véritable » intention du locuteur 545

 b. Attribution d'une intention de sens au locuteur 548

B. La signification comme perception du « récepteur moyen » 550

 a. Récepteur « moyen » et prévisibilité..... 550

 α. La conformité de la perspective du « récepteur moyen »
à l'exigence de prévisibilité 550

 β. L'accessible perspective du récepteur moyen..... 553

 b. Une exigence allemande limitée : le devoir de justification du choix opéré
parmi les différentes interprétations..... 556

 α. L'exigence de motivation du choix entre une signification protégée
et une signification passible d'une sanction 556

 β. Une exigence limitée à la signification des propos litigieux 558

§ 2. Le contexte plutôt que la lettre 560

A. Le rôle du « sens littéral » 561

 a. La seule prise en compte du sens littéral :
une concrétisation non conforme des restrictions de la liberté d'expression 561

 b. La non littéralité révélée par le sens littéral 564

B. Les circonstances de l'énonciation 568

 a. Contenu du contexte 568

 α. La « totalité des circonstances » 569

 β. Les circonstances accessibles au « récepteur moyen » 572

 b. Le paradigme des assertions de feintise partagée :
contexte et « pacte communicationnel » 573

 α. La fiction : négationnisme et uchronie..... 574

 β. La plaisanterie : négationnisme « sérieux » et négationnisme feint 580

CONCLUSION DU CHAPITRE 7..... 584

Chapitre 8. L'intention négationniste 587

SECTION I. L'INTENTION DE NUIRE 590

§ 1. L'indifférence de l'intention de nuire 590

A. Le peu d'exigence de l'élément « psychologique » en droit pénal 590

 a. La description non juridique de l'élément « psychologique » 590

 α. Le « dogme de l'intention » 590

 β. Le « dogme de l'intérêt protégé » 591

 b. Définition de l'élément « psychologique » 592

 α. Une condition de l'imputation de l'élément matériel 593

 β. Un phénomène non psychique 594

TABLE DES MATIÈRES

<i>B. L'« automaticité » de la consommation de l'élément « intentionnel »</i>	596
a. L'imputation au locuteur de la perception du « récepteur moyen ».....	596
α. Intention et conséquences.....	597
β. Intention et signification.....	599
b. Exceptions à l'automaticité de l'imputation.....	601
α. Un lieu commun : l'hypothèse du dément.....	601
β. La dissimilitude des contextes du locuteur normal et du récepteur normal : l'« ignorance » du locuteur.....	603
γ. L'erreur de fait.....	605
§ 2. La possibilité de l'exigence supplémentaire d'une intention de nuire.....	606
<i>A. Identification de l'exigence supplémentaire</i>	606
a. Une spécification de la signification sous l'apparence de l'exigence d'une intention de nuire.....	606
α. Les restrictions contre le discours de haine en droit français.....	606
β. La provocation en droit américain.....	610
b. Exemples d'exigence d'une intention de nuire.....	612
α. L'interdiction du discours de haine en France avant 1972.....	612
β. L'incitation « volontaire » à la haine en droit canadien.....	613
γ. L'élément « intentionnel » qualifié dans l'interdiction du négationnisme en droit international : la Convention sur la cybercriminalité.....	617
<i>B. Typologie des exigences spécifiques d'une intention de nuire</i>	618
a. Deux exigences spécifiques d'une intention de nuire.....	618
α. L'intention similaire à l'expression.....	618
β. L'intention différente de l'expression.....	619
b. Conditions de satisfaction des deux types d'exigence.....	620
α. Condition de satisfaction de l'exigence d'une intention similaire à l'expression.....	620
β. Condition de satisfaction de l'exigence d'une intention différente de l'expression.....	625
SECTION II. LA CONSCIENCE DE LA FAUSSETÉ	
DE L'AFFIRMATION NÉGATIONNISTE.....	626
§ 1. L'indifférence de la conscience de la fausseté.....	626
<i>A. La fausseté dans l'élément matériel</i>	626
a. Absence d'une protection absolue de l'expression vraie.....	626
α. L'indifférence relative de la fausseté : l'exemple de la diffamation.....	627
β. L'indifférence totale de la fausseté : le discours de haine.....	629
b. Indifférence de la fausseté de l'expression visée par les interdictions spécifiques du négationnisme.....	633
α. L'absence de la fausseté dans la définition de la signification visée.....	633
β. Réfutation de l'argument contraire : la négation d'un crime « commis ».....	634
c. Rôle de la notoriété.....	637
<i>B. L'absence d'une exigence supplémentaire de la conscience de la fausseté</i>	641
a. Le verbe « leugnen » et la conscience de dire le faux.....	641
b. La « minoration outrancière faite de mauvaise foi » dans la jurisprudence française.....	643

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

§ 2. La pertinence de la conscience de la fausseté 647

 A. *L'exigence de la mauvaise foi du locuteur* 647

 a. La distinction entre l'intention de nuire et la mauvaise foi au sens strict..... 647

 b. La déduction de l'intention de nuire à partir de la conscience de la fausseté 650

 α. Mauvaise foi et notoriété..... 652

 β. Mauvaise foi et négationnisme d'Etat..... 654

 B. *Le rôle de l'intention du négationniste dans la fixation de la peine* 658

CONCLUSION DU CHAPITRE 8..... 663

CONCLUSION DU TITRE 4 665

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 667

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXE..... 675

BIBLIOGRAPHIE 679

TABLE DE JURISPRUDENCE 721

INDEX 739

TABLE DES MATIÈRES 743



INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME
fondé par René CASSIN en 1969

www.iidh.org

LE DEBAT SUR L'INTERDICTION DU NEGATIONNISME

est vif. Certains auteurs dénoncent les préjudices infligés par de tels propos tandis que d'autres accordent davantage d'importance à la liberté d'expression et craignent toute forme de « censure ». La question de l'interdiction du négationnisme se situe en outre à l'intersection de plusieurs problèmes sensibles : le discours de haine, la démocratie militante, ou encore les rapports entre le droit, la mémoire et l'histoire. Le débat qui entoure cette restriction est cependant essentiellement de nature politique. Dès lors, il apparaît pertinent de proposer une analyse strictement juridique et comparative du régime de l'expression négationniste. On s'aperçoit alors que les limites juridiquement permises à la liberté d'expression sont souvent bien plus larges que les restrictions approuvées par la plupart des théories politiques ou morales.

Thomas HOCHMANN est maître de conférences en droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne.

Collection dirigée par Gérard COHEN-JONATHAN et Sébastien TOUZÉ

ISBN 978-2-233-00670-7

70 €

Commande soit aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, soit par fax :
+ 33 (0)1.46.34.07.60 ou sur editions-pedone@wanadoo.fr - **70 € l'ouvrage - 78 € par la poste.**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

Carte Visa

N°/...../...../.....

Cryptogramme.....

Date de validité.....

Référence : ISBN 978-2-233-00670-7

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....