

INTRODUCTION

1. L'interdiction du négationnisme est aujourd'hui l'une des limites de la liberté d'expression les plus discutées. A l'émoi provoqué par ce type de propos¹ s'ajoute la forte sensibilité contemporaine contre tout ce qui est perçu comme une « atteinte » à la liberté d'expression. La question de l'interdiction du négationnisme se situe, en outre, à l'intersection de plusieurs problématiques essentielles liées à la liberté d'expression : le discours de haine, la démocratie militante, la liberté de la recherche, ou encore les rapports entre le droit, la mémoire et l'histoire. Le débat qui entoure cette restriction est cependant de nature essentiellement politique. Dès lors, et sans entendre le moins du monde remettre en cause sur cette seule base la valeur des arguments échangés, il apparaît pertinent de proposer une analyse strictement juridique du régime de l'expression négationniste dans divers systèmes. En effet, si les « appréciations politiques de données juridiques » sont parfaitement légitimes et dignes d'intérêt, elles « ne relèvent simplement pas d'une science du droit, mais supposent au contraire une connaissance de ses résultats »².

2. Dans la présente introduction, il s'agira donc d'expliquer pourquoi le discours des juristes, pour l'essentiel, manque de singularité lorsqu'il traite de l'interdiction du négationnisme (§ 1), puis de préciser les conditions dans lesquelles l'entreprise de description du régime juridique du négationnisme sera menée (§ 2).

§ 1. Le constat : le manque de spécificité de la participation des juristes au débat sur l'interdiction du négationnisme

3. L'incrimination³ du négationnisme est discutée essentiellement en des termes d'opportunité politique ou philosophique, et la plupart des réflexions doctrinales sur la question demeurent dans cette perspective. Avant de faire ce constat (B) et d'en proposer une explication (C), il peut sembler utile de préciser ce que l'on entend par « négationnisme », et de resituer succinctement l'interdiction juridique de cette expression dans le temps et dans l'espace (A).

A. Le négationnisme et son incrimination

4. Dès la fin de la seconde guerre mondiale, des voix se sont fait entendre pour contester que l'Allemagne nazie et ses alliés aient jamais mis en place une opération industrielle destinée à exterminer les Juifs d'Europe. Ces thèses

¹ Pour limiter les répétitions, le terme « propos » est employé dans ce travail comme un synonyme de « expression » pour désigner tout comportement communiquant une signification.

² Otto PFERSMANN : « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1154, note 5.

³ L'incrimination d'un comportement désigne l'édition d'une loi pénale à son encontre. Il s'agit donc d'un synonyme de pénalisation, qui n'est aucunement réservé aux crimes à l'exclusion des délits.

INTRODUCTION

allaient trouver partisans et défenseurs à travers le monde, notamment en France, en Allemagne, aux Etats-Unis, et plus récemment au Moyen-Orient⁴. Si les adeptes de ces théories se présentaient comme des « révisionnistes », le terme de *négationnistes* allait s'imposer pour les qualifier⁵. Le négationnisme a ensuite désigné plus largement des expressions visant d'autres crimes contre l'humanité, tels les génocides des Arméniens ou des Tutsis du Rwanda. Il n'en demeure pas moins que les thèses négationnistes les plus répandues, et qui ont essentiellement fait l'objet de réponses juridiques, sont celles qui nient le génocide des Juifs⁶ commis durant le « troisième Reich ». C'est majoritairement de cette expression qu'il sera question dans le présent travail.

5. Une expression négationniste consiste à contester la réalité de la totalité ou d'une partie d'un crime de masse. Elle est voisine d'autres expressions, dont les régimes juridiques seront également étudiés, telles la justification, l'approbation ou la minimisation (quantitative ou qualitative) du crime. Il convient en outre de distinguer, en s'inspirant de la doctrine allemande, entre le négationnisme « simple » (*einfache Auschwitzleugnung*) et le négationnisme « qualifié » (*qualifizierte Auschwitzleugnung*)⁷. Le *négationnisme* « simple » est une

⁴ Sur l'histoire du négationnisme, cf. notamment Deborah LIPSTADT, *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, The Free Press, New York, 1993 ; Brigitte BAILER-GALANDA, Wolfgang BENZ, Wolfgang NEUGEBAUER (dir.), *Wahrheit und „Auschwitzlüge“, Zur Bekämpfung „revisionsistischer“ Propaganda*, Deuticke, Vienne, 1995 ; Florent BRAYARD, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, Fayard, Paris, 1996 ; Valérie IGOUNET, *Histoire du négationnisme en France*, Seuil, Paris, 2000 ; Michael SHERMER et Alex GROBMAN, *Denying History, Who says the Holocaust never happened and why do they say it?*, University of California Press, Berkeley, 2000 ; Pierre VIDAL-NAQUET, *Les Assassins de la Mémoire*, La découverte, Paris, 2005 (1981) ; Stéphanie COUROUBLE SHARE, *De l'émergence au déclin du négationnisme international, de 1946 à nos jours. Analyse comparative d'un problème public : France, Angleterre, Allemagne, Canada et Etats-Unis* (à paraître).

⁵ La paternité du terme « négationnisme » est attribuée à Henry Rousso (cf. par exemple Kenneth BERTRAMS et Pierre-Olivier de BROUX : « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *Revue de droit de l'ULB*, n° 35, 2007, p. 105, note 92 ; Nadine FRESCO, *La mort des juifs*, Seuil, Paris, 2008, p. 176). L'historien propose en effet ce terme dans Henry ROUSSO, *Le syndrome de Vichy*, Seuil, Paris, 1987, p. 166 : « (le révisionnisme de l'histoire étant une démarche classique chez les scientifiques, on préférera ici le barbarisme, moins élégant mais plus approprié, de « négationnisme », traduction du *No holocaust américain*) ». L'ultime précision, un peu étonnante, fut supprimée dans la deuxième édition de ce livre, parue en 1990 (cf. p. 176). Peu après la publication de l'ouvrage (octobre 1987), le terme fut également employé par un autre chercheur de l'Institut d'histoire du temps présent, François Bédarida, lors d'un colloque organisé en novembre 1987 à Strasbourg. Cf. son intervention publiée dans *Le droit de vivre*, n° 527, mars 1988, p. 13 : « Ainsi le terme « révisionnisme » a parfaitement sa place, sauf précisément dans le cas qui nous occupe. Ici, le seul terme qui convienne, c'est *négationnisme*, puisque la démarche ne consiste pas à réviser, mais à nier un fait d'histoire incontournable » (souligné dans l'original).

⁶ Il existe une controverse entre ceux qui écrivent « un Juif » et ceux qui préfèrent « un juif ». Cf. Claude KLEIN, *Deux fois vingt ans, Israël*, Editions du Félin, Paris, 1990, p. 11, note 1. La majuscule sera retenue dans ce travail, sans que cela implique autre chose qu'un choix arbitraire. De même, le terme « Shoah » sera préféré à « Holocauste » conformément à l'habitude francophone, et non pour prendre position dans le débat lexical relatif à l'extermination des Juifs d'Europe. Cf. Anna-Vera SULLAM CALIMANI : « A Name for Extermination », *The Modern Language Review*, n° 94/4, 1999, pp. 978 ss. (pp. 996 s. sur le terme « Shoah » en France).

⁷ Cf. notamment Thomas WANDRES, *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Duncker & Humblot, Berlin 2000, pp. 96 s. ; Winfried BRUGGER : « Ban on or Protection of Hate Speech?

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

expression contestant l'existence du crime sans viser un groupe d'individus (« Aucune chambre à gaz homicide n'a fonctionné pendant la seconde guerre mondiale »), tandis que le *négationnisme* « *qualifié* » met en cause certaines personnes (« Les Juifs ont créé le mythe de l'holocauste pour exploiter financièrement l'Allemagne », « Mettons fin à la propagande arménienne sur le prétendu génocide »). Il importe également de souligner la spécificité du *négationnisme* « *argumenté* », pourvu d'une apparence scientifique, qui se présente comme une démonstration rigoureuse appuyant sur des preuves les thèses développées⁸. Enfin, il convient de noter que dans le régime juridique de la liberté d'expression, le négationnisme soulève certains problèmes spécifiques, et d'autres communs à une catégorie de discours appelée le *discours de haine*. Celui-ci peut être défini de manière générale comme les propos hostiles à un groupe de personnes ou à un individu en tant qu'il appartient à un groupe⁹.

6. Dans la première moitié des années 1990, plusieurs Etats européens se sont dotés de lois pénales visant spécifiquement le négationnisme¹⁰. A l'exception de la Suisse, du Luxembourg et, jusqu'en 2007, de l'Espagne¹¹, ces lois ne visent que la négation des crimes commis par les nazis et leurs complices, qu'il s'agisse, selon les systèmes juridiques, de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre¹². En France, l'incrimination de la négation du

Some Observations Based on German and American Law », 17 *Tulane European and Civil Law Forum* 1 (2002), p. 15. Les auteurs allemands ont longtemps utilisé de manière maladroite le terme *Auschwitzlüge* (mensonge d'Auschwitz) pour désigner le négationnisme. Il s'agit du titre d'un écrit négationniste de Thies CHRISTOPHERSEN, *Die Auschwitz-Lüge*, Kritik-Verlag, Mohrkirchen, 1973 [non vid]. La même année, cet ancien SS publiait *La conscience raciale est-elle blâmable ? (Ist Rassebewusstsein verwerflich?)*. Cf. Wilhelm LASEK : « „Revisionistische“ Autoren und ihre Publikationen », in Brigitte BAILER-GALANDA, Wolfgang BENZ et Wolfgang NEUGEBAUER (dir.), *Wahrheit und „Auschwitzlüge“*, *Zur Bekämpfung „revisionistischer“ Propaganda*, Deuticke, Wien, 1995, pp. 257 ss. ; et Nadine FRESCO : « Les redresseurs de morts » (1980), in N. FRESCO, *op. cit.*, p. 193.

⁸ Le racisme « avec des notes en bas de page et des titres de chapitre », écrivent deux juges canadiens pour désigner le négationnisme. *R. c. Zundel* [1992] 2 R.C.S. 731, Cory et Iacobucci diss., § 254.

⁹ Les ordres juridiques réprimant ce type d'expression le définissent plus précisément, notamment en prévoyant les caractéristiques des groupes formant l'objet du discours de haine. Sur la définition du discours de haine, cf. Michel ROSENFELD : « Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis », 24 *Cardozo Law Review* 1523 (2003), p. 1523 ; Vassiliki E. CHRISTOU, *Die Hassrede in der verfassungsrechtlichen Diskussion*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 17 ss. ; Mario OETHEIMER : « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 69, 2007, p. 64.

¹⁰ Il est souvent soutenu que la République fédérale d'Allemagne a incriminé la négation de la Shoah dès 1985, mais cette affirmation est inexacte. Cf. *infra*, par. 780. La France s'est dotée d'une loi (dite « loi Gayssot ») spécifique contre le négationnisme en 1990, l'Autriche en 1992, la Suisse en 1993, l'Allemagne en 1994, et la Belgique en 1995. Conformément à l'usage, on évoquera parfois par synecdoque « la loi Gayssot » pour désigner l'une de ses dispositions, devenue l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 qui permet de réprimer le négationnisme.

¹¹ Cf. *infra*, par. 990 ss.

¹² Une deuxième vague de criminalisation du négationnisme est observable dans les anciens Etats communistes à partir de la fin des années 1990. La négation des crimes communistes est alors fréquemment visée aux côtés de la contestation des crimes nazis. Tel est par exemple le cas dans la loi polonaise du 18 décembre 1998, et dans l'article 261a du code pénal tchèque adopté le 25 octobre 2000, mais pas en Slovaquie où l'article 422 du code pénal ne vise que la négation de l'« holocauste ». La Hongrie a récemment inséré dans son code pénal un article 269/C visant le

INTRODUCTION

génocide arménien a été censurée par le Conseil constitutionnel¹³. En droit international, un protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité¹⁴ invitait de manière non contraignante les Etats parties à rendre punissable le négationnisme simple des crimes contre l'humanité reconnu par une juridiction internationale¹⁵. En 2008, le Conseil de l'Union européenne a arrêté une décision-cadre¹⁶ exigeant de tous les Etats membres une incrimination du négationnisme qualifié¹⁷ des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, tels que définis par le Statut de la Cour pénale internationale ou par la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg¹⁸. La question de savoir si cette norme européenne nécessite une modification du droit national dans certains ordres juridiques nécessite un examen précis de ceux-ci, et ne trouvera donc de réponse qu'à l'issue de la présente étude. De manière générale, plutôt qu'à une analyse détaillée du droit positif, l'incrimination du négationnisme a donné lieu à une vive polémique sur les justes limites de la liberté d'expression.

négationnisme de la Shoah. Cf. Benjamin WEINTHAL : « Hungary passes landmark Holocaust denial law », *The Jerusalem Post*, 19 mars 2010, accessible à <http://www.jpost.com/International/Article.aspx?id=171333>. Suite à un changement de majorité quelques mois plus tard, la négation des crimes commis par le régime communiste fut ajoutée à la disposition pénale. Cf. Zsolt SZOMORA : « Schranken und Schrankenlosigkeit der Meinungsfreiheit in Ungarn », *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2011, p. 42. Pour un aperçu des législations visant le négationnisme dans le monde, cf. Michael WHINE : « Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It », in Ivan HARE et James WEINSTEIN (dir.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 538-556 ; Martin IMBLEAU : « Denial of Holocaust, Genocide, and Crimes Against Humanity, A Comparative Overview of Ad Hoc Statutes », in Ludovic HENNEBEL et Thomas HOCHMANN (dir.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 255 ss.

¹³ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

¹⁴ *Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques* (Strasbourg, 28 janvier 2003).

¹⁵ L'article 6 paragraphe 2b prévoit qu'une Partie peut « se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1 du présent article ».

¹⁶ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *Journal officiel* n° L 328 du 6 décembre 2008, pp. 55 ss. Pour une histoire et une analyse critique de ce texte, cf. Laurent PECH : « The Law of Holocaust Denial in Europe, Toward a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition », in L. HENNENEL et Th. HOCHMANN (dir.), *op. cit.*, pp. 223 ss. Une décision-cadre était un type de directive utilisé relativement à la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Cf. l'ancien article 34 alinéa 2 b) du Traité sur l'Union européenne ; et Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, Paris, 2008, p. 365. Le Traité de Lisbonne a supprimé cet instrument. Cf. l'article 84 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE*, 30 mars 2010, C 83/81.

¹⁷ L'« apologie, la négation ou la banalisation grossière » ne sont concernées par la décision-cadre que lorsqu'elles « vis[e]nt un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique » (cf. *infra*, par. 1014). En outre, le comportement doit être « exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ». Enfin, la Décision-cadre permet aux Etats de ne punir le négationnisme que s'il est « soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant ».

¹⁸ Article premier de la Décision-cadre 2008/913/JAI.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

**B. La nature essentiellement politique du débat
et de la contribution doctrinale**

7. Il ne s'agit pas ici de retranscrire l'ensemble des arguments de nature politique ou morale qui ont été échangés à propos de l'interdiction du négationnisme¹⁹. Un aperçu peut suffire. Des auteurs ont critiqué l'incrimination du négationnisme en insistant sur l'importance de l'éducation, comme s'il s'agissait de deux modes d'action mutuellement exclusifs²⁰. En France, certains se sont insurgés contre l'édiction de « vérités officielles » par le Parlement, l'interdiction de la contestation de la Shoah étant essentiellement brocardée en ce qu'elle aurait « ouvert la boîte de Pandore », donnant lieu à d'autres « lois mémorielles »²¹. D'autres ont remarqué que des négationnistes avaient été condamnés antérieurement à l'introduction d'une loi spécifique, et en ont déduit l'inutilité d'une telle norme²², voire sa dangerosité, parce qu'elle conférerait au négationniste « l'auréole du martyr »²³. On leur a répondu, d'une part, que l'incrimination du négationnisme permettait de contrer la tactique d'« euphémisation » grâce à laquelle des locuteurs échappaient parfois à toute sanction²⁴ et, d'autre part, qu'une loi *ad hoc* constituait un important symbole d'hostilité nationale envers le négationnisme²⁵.

¹⁹ Cf. un bon résumé dans Bertrand de LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, L.G.D.J., Paris, 2000, pp. 371-379. Cf. aussi, plus récemment, Geoffrey GRANDJEAN : « La répression du négationnisme en Belgique : de la réussite législative au blocage politique », *Droit et Société*, n° 77, 2011, pp. 137 ss.

²⁰ Cf. en particulier Don GUTTENPLAN, *The Holocaust on Trial, History, Justice and the David Irving Libel Case*, Granta Books, London, 2001, p. 298. Mais cf. Patrick LORAUX : « Consentir », *Le genre humain*, n°22, 1990, p. 154 : « une contre-argumentation simplement positive ou une attitude d'*Aufklärer* ne sont pas pleinement efficaces parce qu'elles méconnaissent que les arguments qui font un usage de *rien* disposent *a priori* d'un avantage de séduction, voire d'une prime d'intérêt, comme si, en nous, la raison avait d'avance un faible pour ce qui la dément. Ce serait être innocent que de le méconnaître ».

²¹ Cf. *infra*, par. 217 ss.

²² Cf. Madeleine REBERIOUX : « Le génocide, le juge et l'historien », *L'Histoire*, n° 138, Novembre 1990, pp. 92 ss. ; Tzvetan TODOROV, *Mémoire du mal, tentation du bien*, Robert Laffont, Paris, 2000, p. 178 ; Jean MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 155.

²³ Raoul VANEIGEN, *Rien n'est sacré, tout peut se dire*, La Découverte, Paris, 2003, p. 35. Cf. aussi J. MORANGE, *op. cit.*, p. 154 ; Lyrixa Barnett LIDSKY : « Where's the Harm? Free Speech and the Regulation of Lies », *65 Washington & Lee Law Review* 1091 (2008), p. 1101.

²⁴ Cf. par exemple France JEANNIN, *Le révisionnisme. Contribution à l'étude du régime juridique de la liberté d'opinion en France*, Thèse, Paris II, 1995, p. 35 ; François ASENSI : « Contexte d'élaboration de la loi du 13 juillet 1990 », in Association française pour l'histoire de la Justice et al., *La lutte contre le négationnisme, Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990*, La documentation française, Paris, 2003, p. 47 ; Martin IMBLEAU, *La négation du génocide nazi, Liberté d'expression ou crime raciste ?*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 412. A cela il a pu être opposé que le négationniste le plus « raffiné » finissait toujours en pratique par laisser éclater ouvertement sa haine, tombant de la sorte sous le coup des normes visant les propos hostiles à un groupe. Cf. Th. WANDRES, *op. cit.*, p. 265.

²⁵ Cf. Robert A. KAHN : « Holocaust Denial and Hate Speech », in L. HENNEBEL et Th. HOCHMANN (dir.), *op. cit.*, p. 102. Une variante de cet argument consiste à considérer que, dès lors qu'une interdiction du négationnisme est en vigueur, son abrogation donnerait un mauvais signal et serait perçue comme une « concession aux thèses racistes ». Cf. Jacques Toubon, cité par Jean-Philippe FELDMAN : « Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah ? (De l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881) », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1998, p. 240, note 30. A l'inverse, certains auteurs avancent que l'interdiction du négationnisme ne serait justifiable que durant une certaine

INTRODUCTION

8. Ici intervient l'argument selon lequel un Etat ne devrait pas interdire une expression simplement parce qu'il la désapprouve. Cependant, a-t-on pu remarquer, « il est presque certainement faux que l'Etat, comme le prétendent fréquemment les partisans d'une liberté d'expression absolue, cherche à restreindre l'expression avec laquelle il est en désaccord »²⁶. Ce ne serait pas tant l'opinion exprimée qui serait sanctionnée que les conséquences fâcheuses qu'elle est susceptible d'entraîner²⁷.

9. Il n'est donc guère surprenant que la question du dommage provoqué par le négationnisme soit au cœur de la controverse sur l'opportunité de son interdiction. Le principe de philosophie morale selon lequel la liberté peut être entravée lorsque son exercice provoque un préjudice place le débat relatif à la sanction du négationnisme autour d'un questionnement sur les conséquences empiriques de cette expression. Ainsi, en vertu de l'aphorisme selon lequel « ceux qui ne se souviennent pas du passé sont condamnés à le revivre »²⁸, les partisans de cette restriction soutiennent que le négationnisme menace la démocratie et fait poindre le danger d'un nouveau génocide²⁹. Par ailleurs, il porterait atteinte à la mémoire des victimes et à leurs descendants³⁰. La teneur de ce préjudice est contestée par certains opposants à l'interdiction du négationnisme³¹.

période succédant au crime nié (Ioannis PAPADOPOULOS : « Pénalisation du négationnisme et Premier Amendement » (2003), www.ihej.org ; Benno ZABEL : « Soll das Strafrecht Erinnerungen schützen? », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2010, pp. 849 ss. ; et dans un sens voisin Mathias HONG : « Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BVerfG », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, p. 119). Dans le débat américain sur la sanction du discours de haine, un argument similaire à celui du message d'hostilité a été défendu, en vertu duquel l'absence de réponse juridique impliquait un « endossement symbolique » (*symbolic endorsement*) de ces thèses par l'Etat. Cf. Mari J. MATSUDA : « Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story », *87 Michigan Law Review* 2320 (1989), p. 2338 (cf. en ce sens à propos de l'interdiction du négationnisme, M. IMBLEAU, *op. cit.*, pp. 400 et 408). Contre cette idée, le Professeur Post a souligné qu'un gouvernement démocratique ne devait pas être considéré comme endossant les vues exprimées par des individus privés, pas plus qu'une bibliothèque ne pouvait être perçue comme approuvant l'ensemble des ouvrages présents dans son catalogue. Robert C. POST : « Racist Speech, Democracy, and the First Amendment », *32 William and Mary Law Review* 267 (1991), p. 292.

²⁶ F. SCHAUER : « Is It Better to Be Safe Than Sorry? Free Speech and the Precautionary Principle », *36 Pepperdine Law Review* 301 (2009), p. 301, note 1.

²⁷ *Ibid.* Cf. aussi F. SCHAUER : « Abandoning the Guidance Function: Morse v. Frederick », *The Supreme Court Review* 205 (2007), p. 216, note 38.

²⁸ Lawrence Langer revient sur l'origine de cette phrase écrite en 1905 et critique sa pertinence dans L. LANGER, *Using and Abusing the Holocaust*, Indiana University Press, Bloomington, 2006, pp. 114 s. : « L'avertissement invitant à tenir compte des leçons de l'histoire repose sur la double prémisse douteuse selon laquelle l'histoire aurait des leçons à enseigner, auxquelles les individus et les nations réagiraient d'une manière bénéfique à l'humanité ».

²⁹ Cf. par exemple M. IMBLEAU, *op. cit.*, p. 338.

³⁰ Cf. par exemple Sévane GARIBIAN : « La loi Gayssot ou le droit désaccordé », in Catherine COQUIO (dir.), *L'histoire trouée*, L'Atalante, Nantes, 2004, p. 245 ; Frédéric WORMS : « La négation comme violation du témoignage », in C. COQUIO (dir.), *op. cit.*, p. 96.

³¹ Cf. Guy CARCASSONNE : « Devoir de mémoire et droit à la sensiblerie », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Nathalie FERRE (textes réunis par), *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 171. Pour un échantillon du débat qui anime la doctrine allemande quant à la nature du préjudice infligé par le négationnisme, cf. *infra*, par. 799 s.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

10. Comme cet aperçu tend à le montrer, les études doctrinales sur la liberté d'expression sont parties prenantes au débat politique relatif à l'opportunité de l'interdiction du négationnisme. Lorsqu'ils abordent cette question, les travaux les plus rigoureux tendent à abandonner toute prétention scientifique pour louer ou, le plus souvent semble-t-il, critiquer de telles lois en mobilisant des arguments qui ne relèvent plus du domaine du droit mais s'appuient sur des données axiologiques ou à prétention empirique³².

11. Ce constat ne saurait être entendu comme un jugement de valeur dépréciatif à l'égard des nombreux écrits de qualité qui ont été consacrés à la question du négationnisme. En particulier, plusieurs travaux très instructifs portent spécifiquement sur la réponse juridique à ce phénomène. Ainsi, l'incrimination de la négation de la Shoah a fait l'objet d'une thèse qui recense de manière très complète la jurisprudence française³³. Les considérations qui y sont développées relativement à la garantie de la liberté d'expression se limitent cependant à l'invocation de certaines conséquences dommageables provoquées par le négationnisme³⁴. Deux thèses très riches ont aussi été soutenues sur l'interdiction du négationnisme en Allemagne, dans lesquelles des considérations non juridiques se mêlent à l'étude du droit³⁵. Si ces travaux portent sur un seul ordre juridique, deux études comparatives ont aussi été consacrées à l'incrimination du négationnisme. Le livre de Robert Kahn contient des considérations sociologiques, telles que l'étude de la réception de certains procès dans l'opinion publique, et des analyses juridiques qui ne portent pas tant sur la liberté d'expression que sur des questions plus procédurales, comme le problème de la preuve³⁶. L'ouvrage de Martin Imbleau étudie finement les jurisprudences française, canadienne et internationale, et développe de nombreux arguments politiques en faveur de l'interdiction du négationnisme³⁷. Plus récemment, un ouvrage collectif s'est efforcé de faire le point sur la criminalisation du négationnisme dans le monde et sur les débats auxquels elle donne lieu³⁸.

12. L'objet non strictement juridique de la majorité des écrits sur le sujet ne doit pas être perçu comme un échec : le but poursuivi par ces auteurs n'était simplement pas la description du droit positif. Plus une restriction législative de la liberté d'expression est controversée, plus la réflexion sur sa conformité à la norme supérieure tend à substituer à tout effort descriptif une velléité prescriptive. Or, dans la période récente, l'une des limites de la liberté

³² Cf. par exemple Carole VIVANT, *L'Historien saisi par le Droit*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 419 ss. ; Laurent PECH, *La liberté d'expression et sa limitation, Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes*, L.G.D.J., Paris, 2003, pp. 432 ss.

³³ F. JEANNIN, *op. cit.*

³⁴ Cf. *ibid.*, par exemple pp. 31 s. et 216.

³⁵ Th. WANDRES, *op. cit.* ; Matthias LEUKERT, *Die strafrechtliche Erfassung des Auschwitzleugnens*, Thèse, Tübingen, 2005.

³⁶ Robert A. KAHN, *Holocaust Denial and the Law, A comparative Study*, Palgrave MacMilan, New York, 2004.

³⁷ M. IMBLEAU, *op. cit.*

³⁸ L. HENNEBEL et Th. HOCHMANN (dir.), *op. cit.*

INTRODUCTION

d'expression les plus « polémiques », disposant de partisans passionnés et de virulents adversaires, semble être l'interdiction du négationnisme. Comme, peut-être, la peine de mort, l'interdiction du négationnisme forme une question par rapport à laquelle il paraît requis de se positionner politiquement ou moralement. En d'autres termes, il semble qu'on ne puisse pas se contenter d'écrire sur la répression du négationnisme : on est tenu de prendre position pour ou contre.

13. Or, cette « pression prescriptive » ne présente guère un défi pour la doctrine, qui est remarquablement bien armée pour y céder. En effet, l'analyse du régime juridique de la liberté d'expression est dominée par des problématiques de nature essentiellement politico-philosophique. Le caractère particulièrement polémique de l'incrimination du négationnisme a seulement contribué à révéler ce fait de manière plus vive. Le *shibboleth* de l'essentiel de la doctrine, en particulier francophone, s'intéressant à la liberté d'expression, consiste à rappeler, en citant un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, que ce droit vaut même pour les idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent »³⁹. On a pu craindre que la répétition de cette phrase telle une devise ne la conduise à perdre sa signification⁴⁰. Ainsi, trois juges de la Cour européenne des droits de l'homme plaidèrent pour que « cette formule ne [devienne pas] une phrase incantatoire ou rituelle, mais [soit] prise au sérieux et inspire les solutions de [la] Cour »⁴¹. Cependant, leur caractère de slogan mis à part, ni la promotion de la protection des mots qui « heurtent, choquent ou inquiètent », ni l'insistance sur l'importance de la liberté d'expression au sein d'une démocratie⁴², ne donnent la moindre information sur le régime juridique de ce droit fondamental⁴³. Elles ne sont guère susceptibles d'être autre chose que des « formules rituelles ». Elles peuvent servir à l'élaboration de réflexions sur

³⁹ *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49 : « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [d'une] société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi ». Cf. M. OETHEIMER, *art. cit.*, p. 64 : « Le lecteur qui connaît bien la jurisprudence de la Cour ne lit plus cette citation tellement elle a été répétée : elle résonne tel un écho familial à son oreille ».

⁴⁰ Hans Peter BULL : « Freiheit und Grenzen des politischen Meinungskampfes », in Peter BADURA et Horst DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tome 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 163.

⁴¹ *I. A. c. Turquie*, 13 septembre 2005, Costa, Cabral Barreto et Jungwiert diss., § 5.

⁴² *Handyside c. Royaume-Uni*, cité, § 49 ; BVerfGE 7, 198, *Lüth*, p. 208 : « Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist [das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung] schlechthin konstituierend » ; Conseil constitutionnel, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, cons. 37 ; n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 15 ; n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, cons. 6 ; n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, cons. 3.

⁴³ Cf. Pascal MBONGO : « Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, Dalloz, Paris, 2007, p. 698 ; H. P. BULL, *art. cit.*, p. 165.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

les limites souhaitables de la liberté d'expression⁴⁴, mais non à la description du droit positif. Ainsi, la focalisation de la doctrine sur « l'énonciation *allégorique et philosophique* » de la liberté d'expression (la protection des idées qui heurtent, choquent ou inquiètent) s'effectue au détriment de son « énonciation *dialectique et juridique* » (les énoncés des normes supérieures garantissant ce droit et prévoyant ses limites)⁴⁵.

14. La plupart des études sur la liberté d'expression semblent ainsi porter sur le bien-fondé de telle ou telle limite particulière, et donc se baser non pas sur les normes juridiques, mais sur d'autres critères ne relevant pas du droit positif. Les méthodes traditionnelles d'analyse de la liberté d'expression étaient dès lors parfaitement adaptées à une réflexion sur l'opportunité de l'interdiction du négationnisme, mais peu utiles à une description du régime juridique de cette expression. Ces démarches doivent être présentées afin de justifier l'analyse alternative qui sera proposée dans la présente étude.

C. Tentative d'explication : les fondements traditionnels de la réflexion doctrinale sur la liberté d'expression

15. Les analyses traditionnelles de la liberté d'expression fondent la réflexion sur certains objets qui peuvent être regroupés sous deux appellations. D'une part, une grande importance est accordée aux « valeurs de la liberté d'expression » (a) ; d'autre part, l'analyse est aiguillée par le « dogme de l'intérêt protégé » (b).

a. Les « théories » axiologiques de la liberté d'expression

16. La réflexion sur les valeurs liées à la liberté d'expression, bien que présente dans la jurisprudence et dans la doctrine européenne⁴⁶, est particulièrement développée aux Etats-Unis. Au début d'un ouvrage important, le Professeur Harry Kalven affirmait que son analyse présupposait l'accord du lecteur sur le fait que « la recherche d'une théorie générale et cohérente relativement au Premier Amendement n'appelait ni excuse ni défense »⁴⁷.

⁴⁴ Cf. par exemple récemment Jochen Abr. FROWEIN : « Meinungsfreiheit und Demokratie », *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2008, pp. 117-121.

⁴⁵ P. MBONGO : « La fabrique juridique de la liberté d'expression journalistique », in P. MBONGO (dir.), *Philosophie juridique du journalisme*, Mare et Martin, Paris, 2011, p. 16. Souligné dans l'original.

⁴⁶ Cf. L. PECH, *op. cit.*, p. 463 ; Eric BARENDET, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2^{ème} éd., 2005, pp. 6 ss. On se rapproche d'une telle démarche lorsqu'on entend appliquer une « théorie de l'abus de droit » à l'égard de la liberté d'expression. Cf. Nathalie DROIN, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1991, Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, LGDJ, Paris, 2010, p. 59 : « le droit d'expression peut se voir opposer l'existence d'un abus de droit, notamment lorsqu'il est détourné de sa fonction sociale : si celui qui l'exerce lèse un des droits d'autrui sans que cette lésion ne soit justifiée par la finalité supérieure du droit à la liberté d'expression, on considère qu'il y a détournement de la fonction du droit d'expression ».

⁴⁷ Harry KALVEN, Jr., *The Negro and the First Amendment*, Ohio State University, Columbus, 1965, p. 4. La plupart des auteurs américains écrit « the First Amendment », avec des majuscules (cf., défendant cet usage, Floyd ABRAMS : « A Worthy Tradition: The Scholar and the First Amendment », 103 *Harvard Law Review* 1162 (1990), p. 1162, note 11). La doctrine francophone se plie parfois à cette exigence, qui ne sera pas suivie ici : on écrira « le premier amendement », comme

INTRODUCTION

La jurisprudence et les analyses doctrinales américaines sur la liberté d'expression se fondent souvent sur les « valeurs du premier amendement » que seraient la recherche de la vérité, le développement de l'individu, la participation au processus démocratique, ou encore la méfiance envers le gouvernement. Ces réflexions méritent d'être très rapidement présentées, avant qu'une explication de leur prédominance dans la doctrine ne soit proposée.

17. Il est possible de soutenir que ces justifications politico-philosophiques de la liberté d'expression, qualifiées de « théories » dans le discours doctrinal américain⁴⁸, présentent deux aspects dominants : le « marché des idées » (*marketplace of ideas*) et le « gouvernement démocratique du peuple par lui-même » (*democratic self-government*)⁴⁹. Il est habituellement fait référence au marché des idées à l'appui des opinions dissidentes du juge Holmes dans l'arrêt *Gitlow*⁵⁰, et surtout dans l'arrêt *Abrams v. United States* : « le meilleur test pour la vérité est le pouvoir de se faire accepter dans la compétition du marché »⁵¹. La vérité serait mieux servie par le libre débat d'idées que par l'intervention des pouvoirs publics. Cette « théorie » est liée à l'un des buts attribués à la liberté d'expression : la recherche de la vérité. On l'illustre traditionnellement avec une référence au poète du XVII^{ème} siècle John Milton⁵², et surtout au philosophe du XIX^{ème} siècle John Stuart Mill⁵³, selon lequel toute opinion doit pouvoir être exprimée, car « réduire une opinion au silence revient à voler le genre humain »⁵⁴. Il est évidemment aisé de critiquer cette métaphore du marché des idées, cette théorie selon laquelle la vérité l'emportera toujours dans un débat libre et non faussé. Elle présuppose en effet que chacun ait un accès égal au débat public, que les participants soient de bonne foi, n'expriment que ce qu'ils pensent réellement, et enfin que chacun évalue rationnellement les

le « premier article de la Constitution française ». Les lettres capitales ne seront conservées que dans les citations issues de la doctrine ou de la jurisprudence américaines.

⁴⁸ Sur ce type d'utilisation du terme « théorie », cf. Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., Paris, 1994, p. 10.

⁴⁹ Cf. par exemple Thomas SCANLON : « Freedom of Expression and Categories of Expression », 40 *University of Pittsburgh Law Review* 519 (1979), pp. 528 s. ; F. SCHAUER : « Speech and "Speech" – Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language », 67 *Georgetown Law Journal* 899 (1979), p. 917.

⁵⁰ *Gitlow v. New York*, 266 U.S. 642 (1925), Holmes diss., pp. 672 s.

⁵¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), Holmes diss., p. 630.

⁵² John MILTON, *Aeropagitica, Pour la liberté d'imprimer sans autorisation ni censure*, trad. G. Villeneuve, Flammarion, Paris, 2009 (1644), p. 135 : « Et quand même tous les vents de la doctrine auraient libre cours sur la Terre, si la Vérité est en lice, c'est lui faire injure que douter de sa force, en mettant en place censure et interdiction. Que la Fausseté s'empoigne avec elle ; qui a jamais vu que la Vérité ait le désavantage dans une rencontre libre et ouverte ? Aucune censure n'a le poids de sa réfutation ».

⁵³ Cf. cependant, soulignant les différentes conceptions du juge Holmes et de John Stuart Mill relativement aux liens entre la vérité et la liberté d'expression, Irene M. TEN CATE : « Speech, Truth and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses », 22 *Yale Journal of Law & the Humanities* 35 (2010), pp. 35-81.

⁵⁴ John Stuart MILL, *De la liberté*, trad. fr. F. Pataut, Presses Pocket, 1990 (1859), p. 49. « Si l'opinion est juste », poursuit Mill, les Hommes « sont privés de l'opportunité d'échanger l'erreur contre la vérité ; si elle est fausse, ils perdent un avantage presque aussi grand : celui de la perception plus claire et de l'impression plus vive de la vérité, que produit sa confrontation avec l'erreur ».

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

opinions exprimées⁵⁵. Par ailleurs, même dans ces conditions optimales, l'affirmation selon laquelle le libre marché des idées est le meilleur moyen d'accéder à la vérité demeure une prétention empirique, dont la validité est loin d'être certaine⁵⁶. A ces critiques, il est possible d'opposer que la théorie du marché des idées soutient plus précisément qu'il est *préférable* de laisser toutes les idées en compétition plutôt que de faire confiance aux pouvoirs publics pour distinguer le vrai du faux, le bon du mauvais⁵⁷.

18. La seconde théorie axiologique dominante, qui ne s'oppose pas au « marché des idées » mais se combine avec lui, lie le premier amendement au principe du gouvernement démocratique. Elle a trouvé son exposition classique chez le philosophe Alexander Meiklejohn⁵⁸. La libre expression sur des sujets d'intérêt public doit permettre au peuple souverain de former une volonté majoritaire, ce qui exclut de conférer aux autorités publiques le pouvoir de déterminer la vérité, le bien-fondé d'une opinion.

19. Selon l'un des plus grands spécialistes américains de la liberté d'expression, étudier le premier amendement sans avoir une vision « théorique » de celui-ci reviendrait à tâtonner dans l'obscurité⁵⁹. L'importance de ces considérations axiologiques s'explique de plusieurs manières. Le haut degré de généralité de la formulation des droits fondamentaux favorise peut-être le recours à de telles réflexions⁶⁰. Dans le cas américain, cependant, l'explication essentielle semble résider dans le rôle de la jurisprudence. Comme le droit anglais, dont il provient historiquement, le droit des Etats-Unis relève de la *common law*, et le juge y tient une place de choix⁶¹. Cependant, le principe du précédent, qui caractérise les systèmes de *common law*, n'est pas tout à fait identique en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis. En vertu de ce principe, un juge devra trancher un cas de la même manière qu'un jugement antérieur, alors qu'il

⁵⁵ Cf. E. BARENDT : « The First Amendment and the Media », in I. LOVELAND (dir.), *Importing the First Amendment, Freedom of speech and expression in Britain, Europe and the USA*, Hart Publishing, 1998, pp. 43 ss. ; cf. aussi les critiques de Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 1^{ère} éd., The Foundation Press, Mineola, 1978, p. 577.

⁵⁶ Cf. Alvin I. GOLDMAN et James C. COX : « Speech, Truth and the Free Market for Ideas », *2 Legal Theory* (1996), pp. 1-32 ; F. SCHAUER : « The freedom of expression, the harm of expression, and the Danish cartoons », *Shorenstein Center Working Paper*, 2006, accessible à http://www.hks.harvard.edu/presspol/research_publications/papers.htm, p. 9.

⁵⁷ Cf. notamment Larry ALEXANDER : « Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense », *13 Constitutional Commentary* 71 (1996), p. 73.

⁵⁸ Cf. Alexander MEIKLEJOHN, *Political Freedom, The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, New York, 1965.

⁵⁹ Frederick SCHAUER : « Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts », *34 Vanderbilt Law Review* 265 (1981), p. 292, note 124.

⁶⁰ Cf. en ce sens E. BARENDT, *op. cit.*, pp. 2 ss. ; et Neil MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, 2^{ème} éd., Stanford University Press, Stanford, 2008, p. 9.

⁶¹ Cf. H. L. A. HART : « American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream » (1977), republié dans H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 123.

INTRODUCTION

aurait éventuellement pris une autre décision en l'absence du précédent⁶². Cette exigence⁶³ semble très élevée en Angleterre : le second juge s'efforcera d'identifier la raison pour laquelle le premier juge s'est prononcé comme il l'a fait (*ratio decidendi*), puis il se considérera contraint d'appliquer ce même raisonnement à une situation similaire. La doctrine anglaise est ainsi riche de débats sur la manière d'identifier la *ratio decidendi* d'un arrêt⁶⁴.

20. La contrainte découlant du précédent est plus lâche aux Etats-Unis⁶⁵, en particulier dans un domaine essentiel ici : la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême⁶⁶. Le juge américain, plutôt que de s'efforcer d'identifier précisément la *ratio decidendi* du précédent, recherchera les « principes sous-jacents » de la décision, ou plutôt de l'ensemble des décisions sur le sujet⁶⁷. A la suite d'une série de jugements sur une question, expliquait Oliver Wendell Holmes, il devient nécessaire de « réconcilier les arrêts », c'est-à-dire d'annoncer leur « principe » commun⁶⁸. Dans la même veine, un article qui eut une certaine influence au sein de la doctrine américaine soutenait que les arrêts de la Cour suprême devaient être rationnels (*principled*), reposer sur des principes qui transcendaient le cas d'espèce et seraient susceptibles de s'appliquer à une catégorie de faits plus large⁶⁹. Que cette détermination du « principe » intervienne d'emblée, comme une prise en compte prospective de l'obligation de respecter le précédent⁷⁰, ou bien à l'issue d'une série de cas décidés instinctivement⁷¹, il apparaît que les décisions juridictionnelles américaines sont rendues et analysées à la lumière de certains principes directeurs. Cette démarche

⁶² Cf. par exemple Larry ALEXANDER : « Constrained by Precedent », 63 *Southern California Law Review* 1 (1989), p. 4 ; F. SCHAUER : « Has Precedent Ever Really Matter in the Supreme Court? », 24 *Georgia State University Law Review* 381 (2007), p. 387.

⁶³ Sur la nature de cette exigence, cf. *infra* par. 54.

⁶⁴ Cf. Neil DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 69 ss.

⁶⁵ Cf. par exemple Patrick ATIYAH et Robert SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law, A comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institution*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 118 ; André TUNC : « The Not so Common Law of England and the United States, or, Precedent in England and in the United States, a Field Study by an Outsider », 47 *Modern Law Review* 150 (1984), p. 164 ; André et Suzanne TUNC, *Le droit des Etats-Unis d'Amérique, Sources et techniques*, Dalloz, Paris, 1955, pp. 174 ss.

⁶⁶ Cf. par exemple N. DUXBURY, *op. cit.*, notamment p. 150 ; F. SCHAUER : « Has Precedent Ever Really Matter in the Supreme Court? », *art. cit.*, pp. 392 ss.

⁶⁷ P. ATIYAH et R. SUMMERS, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁸ Oliver Wendell HOLMES : « Codes, and the Arrangement of the Law » (1870), in Sheldon M. NOVICK (éd.), *The Collected Works of Justice Holmes*, Vol. 1, The University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 213.

⁶⁹ Herbert WECHSLER : « Toward Neutral Principles of Constitutional Law », 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959), notamment p. 15. Cf. aussi Martin P. GOLDING : « Principled Decision-Making and the Supreme Court », 63 *Columbia Law Review* 35 (1963), p. 40 ; Kent GREENAWALT : « The Enduring Significance of Neutral Principles », 78 *Columbia Law Review* 982 (1978), p. 985 ; Gwénaële CALVES : « Le juge constitutionnel entre droit et politique : Une brève présentation de la querelle des « principes neutres » », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, pp. 12 et 32 s.

⁷⁰ Cf. K. GREENAWALT, *art. cit.*, pp. 1000 s. ; N. DUXBURY, *op. cit.*, p. 4.

⁷¹ Sur la distinction de ces deux méthodes de jugement, qui peuvent être illustrées respectivement par Herbert Wechsler et par Oliver W. Holmes, cf. John Hart ELY, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, p. 54.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

peut être illustrée par l'œuvre de Karl Llewellyn qui, s'il estimait que le juge disposait d'une grande liberté, n'en considérait pas moins que sa décision devait s'insérer dans l'ensemble du système, aller « dans le sens du grain »⁷². Il s'agissait dès lors d'identifier des principes directeurs permettant d'adopter une solution « en harmonie avec l'essence et l'esprit du droit existant »⁷³. En son temps, Roscoe Pound avait déjà soutenu que des idéaux tels « la nature d'un Etat démocratique » ou « la nature des institutions américaines » guidaient l'évolution de la jurisprudence⁷⁴. En résumé, il semble possible d'affirmer avec Herbert Hart que les auteurs américains, du moins ceux qui ne prétendent pas que le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire illimité, considèrent que son appréciation est dirigée par les buts et les finalités poursuivis par le droit dans une société donnée⁷⁵. Et en effet, la Cour suprême a tendance à fonder ses décisions sur des « considérations relatives à [l]a justification [de la norme constitutionnelle] et non [sur des] prescriptions explicites et textuellement identifiables »⁷⁶.

21. Dès lors, deux éléments distincts apparaissent au sein de la jurisprudence, éléments qui ont pu être qualifiés par le Professeur Scanlon de « niveau des fondations » et de « niveaux des droits »⁷⁷. Les arguments du premier type sont ceux qui sont parfois qualifiés de « théories » : il s'agit des intérêts servis par la liberté d'expression, comme la découverte de la vérité ou la participation démocratique. Ce recours aux valeurs dans les arrêts de la Cour suprême sur la liberté d'expression joue un rôle similaire à celui qu'il a parfois tenu dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, en particulier au sujet de la démocratie militante⁷⁸. Il s'agit d'une structure argumentative permettant à l'organe qui vérifie le respect de la Constitution d'introduire des limites ou des protections additionnelles aux droits fondamentaux. Il serait cependant réducteur de prétendre que la Cour suprême confronte simplement les restrictions litigieuses aux « valeurs » de la liberté d'expression. La jurisprudence a en fait progressivement traduit ces principes généraux en des formulations plus précises des conditions devant être respectées pour limiter la liberté d'expression. Le régime de ce droit est ainsi systématisé explicitement par référence à ces valeurs⁷⁹, et de manière plus implicite en tenant compte du texte de la Constitution.

⁷² Karl N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, Boston, 1960, pp. 191 et 222 s.

⁷³ K. LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, éd. P. Gewirtz, trad. ang. M. Ansaldo, The University of Chicago Press, Chicago, 1989, p. 77.

⁷⁴ Roscoe POUND : « The Theory of Judicial Decision I. The Materials of Judicial Decision », *36 Harvard Law Review* 641 (1923), pp. 653 et 657.

⁷⁵ H. L. A. HART : « The Nightmare and the Noble Dream », *art. cit.*, p. 133.

⁷⁶ O. PFERSMANN : « Classifications organocentriques... », *art. cit.*, p. 1165.

⁷⁷ Th. SCANLON, *art. cit.*, p. 535.

⁷⁸ Cf. *infra*, par. 562 ss.

⁷⁹ Cf. David A. STRAUSS : « Freedom of Speech and the Common-Law Constitution », in Lee C. BOLLINGER et Geoffrey R. STONE (dir.), *Eternally Vigilant, Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 2002, p. 45. Cf. aussi *infra*, par. 56.

INTRODUCTION

22. On comprend dès lors pourquoi, comme il a souvent été noté, les valeurs de la liberté d'expression sont simultanément utilisées, d'une part, pour expliquer, et d'autre part, pour justifier ou critiquer la jurisprudence⁸⁰. Les principes identifiés servent en effet tant à expliquer les règles existantes qu'à guider de nouvelles solutions⁸¹. On comprend également pourquoi la doctrine américaine semble parfois débattre de l'existence d'une seule théorie explicative de la liberté d'expression. A titre d'exemple, l'avertissement du Professeur Kalven précédemment cité ne portait pas sur l'intérêt de recourir à des considérations axiologiques, mais sur la possibilité d'expliquer le régime de la liberté d'expression au moyen d'une « théorie » *unique*⁸². En effet, la démarche axiologique est fragilisée en cas de principes conflictuels, et il se trouve qu'un même ensemble de règles peut bien souvent être présenté comme découlant de « principes » différents⁸³. La recherche de la « théorie unique » s'explique ainsi tant par le besoin de « comprendre la société dans laquelle nous vivons »⁸⁴, que par le fonctionnement de la *common law*⁸⁵.

23. Enfin, et surtout, la place des « valeurs » ou des « principes directeurs » dans la jurisprudence de la Cour suprême permet de saisir leur importance dans le discours doctrinal. Selon un éminent professeur, la plupart des auteurs américains n'ont en effet aucune prétention à la scientificité⁸⁶ : un article de

⁸⁰ Cf. par exemple Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3^{ème} éd., Vol. 1, Foundation Press, New York, 2000, p. 1.

⁸¹ H. L. A. HART : « The Nightmare and the Noble Dream », *art. cit.*, pp. 134 s.

⁸² Pour la thèse selon laquelle aucune « théorie » n'est susceptible d'expliquer à elle seule l'ensemble du système américain de la liberté d'expression, cf. F. SCHAUER : « Categories and the First Amendment », *art. cit.*, p. 277 ; Alexander M. BICKEL, *The Morality of Consent*, Yale University Press, New Haven/London, 1975, p. 57 ; Steven H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy, and Romance*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 120 ss. ; E. BARENDDT, *op. cit.*, p. x. De manière plus générale, cf. Daniel A. FARBER et Suzanna SHERRY, *Desperately Seeking Certainty: The Misguided Quest for Constitutional Foundations*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 2002.

⁸³ Cf. H. L. A. HART : « The Nightmare and the Noble Dream », *art. cit.*, pp. 135.

⁸⁴ H. KALVEN, *The Negro and the First Amendment*, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁵ Ainsi, une citation de William James utilisée par S. SHIFFRIN, *op. cit.*, p. 121, pour expliquer la recherche d'une théorie générale de la liberté d'expression s'applique tout aussi bien au principe du précédent : « Les phénomènes de l'univers se présentent toujours devant nous dans leur diversité sensible, mais nous éprouvons une nécessité théorique de les concevoir de telle manière que leur multiplicité se trouve réduite à l'unité. Le plaisir que nous ressentons à découvrir sous un chaos de phénomènes le fait unique dont ceux-ci seraient l'expression, ressemble à la joie du musicien qui résout une masse confuse de sons en un ordre mélodique et harmonieux. Le résultat simplifié est bien plus facile à manier, exige un moindre effort mental que les données originales, et une conception philosophique de la nature devient ainsi, au sens propre, un procédé de simplification du travail ». William JAMES : « Le sentiment de rationalité », in W. JAMES, *La volonté de croire*, trad. fr. L. Moulin, Flammarion, Paris, 1916, pp. 84 s. Il n'est pas étonnant que le même type de raisonnement apparaisse à l'égard de la doctrine administrativiste en France. Cf. Maryse DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 475 ss.

⁸⁶ Robert POST : « Constitutional Scholarship in the United States », *7 International Journal of Constitutional Law* 416 (2009), p. 422. Cf. aussi Helge DEREK : « Recht an der Universität: „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika », *Juristen Zeitung*, 2009, pp. 545 ss. Sur le rejet dominant de la distinction entre droit et politique aux Etats-Unis, cf. par exemple Uwe KISCHEL : « Vorsicht, Rechtsvergleichung ! », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2005, pp. 22 s.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

revue se doit d'être prescriptif pour avoir du succès⁸⁷. La doctrine américaine semble considérer que sa tâche consiste essentiellement à aiguiller le travail des juges : il s'agit d'indiquer des lignes directrices aux tribunaux pour qu'ils maintiennent ce qui est perçu comme la « fonction de la liberté d'expression dans une société démocratique »⁸⁸, l'objectif de la doctrine est de « clarifier et d'améliorer » la pratique des juges⁸⁹. Le travail doctrinal est calqué sur l'acte de juger, et se concentre donc également sur les « principes » censés indiquer les bonnes solutions aux problèmes posés par la liberté d'expression. Il ne s'agit pas seulement « de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible »⁹⁰, mais également de recommander au juge de modifier le système s'il semble être en contradiction avec la théorie axiologique de la liberté d'expression préconisée par un auteur. C'est ainsi que le Professeur Freund pouvait constater que « comprendre la Cour suprême des Etats-Unis est un thème qui force les juristes à devenir des philosophes »⁹¹.

24. Les considérations axiologiques se concentrent en quelque sorte sur les finalités de la liberté d'expression. Une démarche similaire, plus développée en Europe, s'intéresse aux buts des restrictions apportées à ce droit fondamental.

b. Le dogme de l'intérêt protégé

25. Selon le dogme de l'intérêt protégé, une norme pénale, ou plus largement toute restriction à l'exercice d'un droit fondamental, n'est permise que si elle protège un « intérêt ». En d'autres termes, le comportement visé doit forcément constituer une atteinte à un autre droit ou à un intérêt protégé par l'ordre juridique. Hans Kelsen précisait que cette idée était « présupposée » dans les « lois des peuples civilisés »⁹². Le dogme de l'intérêt protégé est particulièrement installé dans la doctrine pénale, en Allemagne, en France et aux Etats-Unis.

⁸⁷ Brian BIX : « On Description and Legal Reasoning », in Linda MEYER (dir.), *Rules & Reasoning, Essays in Honour of Fred Schauer*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 9. Ainsi, le Professeur Schauer estimait en 1992 que 90% des études sur la liberté d'expression parues lors des dix années précédentes étaient prescriptives, qu'elles incitaient les juridictions à adopter certains principes. F. SCHAUER : « The First Amendment as Ideology », 33 *William & Mary Law Review* 853 (1992), p. 863.

⁸⁸ Cf. Thomas I. EMERSON : « Toward a General Theory of the First Amendment », 72 *Yale Law Journal* 877 (1963), p. 878.

⁸⁹ R. POST : « Constitutional Scholarship in the United States », *art. cit.*, p. 423.

⁹⁰ Jean RIVERO : « Apologie pour les 'faiseurs de système' », *D.* 1951, Chron., p. 99.

⁹¹ Paul A. FREUND, *The Supreme Court of the United States*, 1961, p. 30 [non vidi], cité dans Helmut STEINBERGER, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, Springer Verlag, Berlin, 1974, p. 13.

⁹² Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. fr. B. Laroche, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 1997, p. 105 : « Si l'on définit le délit comme la conduite de l'individu contre qui est exécuté la sanction en tant que conséquence de sa conduite, on présuppose – bien qu'on ne se réfère pas à ce fait – que la sanction est dirigée contre l'individu dont la conduite est considérée comme nuisible à la société par le législateur, qui entend prévenir cette conduite au moyen de la sanction. Ceci est en principe tenu pour vrai dans les lois des peuples civilisés ». Cf. sur ce point les remarques de Herbert L. A. HART : « Kelsen Visited », 10 *U.C.L.A. Law Review* 709 (1962-1963), p. 721.

INTRODUCTION

26. « L'infraction, écrivait René Garraud, n'est pas la violation de la loi pénale, mais celle des intérêts protégés par la loi pénale »⁹³, elle « implique d'abord la lésion ou mise en péril d'un intérêt juridique qui a pour caractère essentiel de causer un trouble social »⁹⁴. Pour les Professeurs Merle et Vitu, le « trouble social ou privé [est] précisément la seule justification de l'intervention de la loi pénale ; car il ne peut exister en matière temporelle de justice absolue ; la répression étatique n'est légitime que dans la mesure où elle sanctionne des activités nuisibles à l'ordre public »⁹⁵. Dans une récente thèse consacrée à la liberté d'expression et axée sur l'« intérêt juridique protégé », un auteur estimait que « [c]haque règle de responsabilité entend protéger un intérêt puisque son effet est suspendu à la réalisation d'un dommage. Or, le dommage n'est rien d'autre que la lésion d'un intérêt, son reflet pathologique »⁹⁶. Il semble acquis, pour la doctrine pénale française, que celui qui « commet matériellement une infraction engendre un dommage social »⁹⁷. Il devient alors possible de réfléchir aux limites d'un droit fondamental, à celles par exemple de la liberté d'expression, uniquement en fonction des « intérêts antinomiques, reconnus comme étant dignes de protection par l'ordre juridique »⁹⁸.

27. L'idée, qui semble trouver son origine chez Rudolf von Jhering⁹⁹, selon laquelle une norme pénale (mais aussi, plus largement, toute norme visant un comportement garanti par un droit fondamental) doit protéger un intérêt, paraît avoir été davantage systématisée en Allemagne qu'en France¹⁰⁰. En vertu de la « théorie de l'intérêt protégé » (*Rechtsgutstheorie*), le législateur ne peut attacher une sanction à un comportement que si celui-ci porte atteinte à un « bien juridique » (*Rechtsgut*)¹⁰¹. Cette thèse ne semble pas se distinguer de celle qui est

⁹³ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 14^{ème} éd., Sirey, Paris, 1926, p. 62.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁹⁵ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, tome I, 7^{ème} éd., Editions Cujas, Paris, 1997, p. 653. Cf. aussi Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, P.U.F., Paris, 6^{ème} éd., 2005, p. 225 : « Quand le législateur incrimine un comportement, c'est pour imposer aux citoyens le respect d'une valeur sociale qu'il juge particulièrement précieuse. On l'appelle l'intérêt protégé ».

⁹⁶ Guillaume LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité, Etude de droit privé*, Dalloz, Paris, 2006, p. 36.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 37, et les références données note 160.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁹ Cf. Olivier JOUANJAN, « Présentation, Jhering ou l'amour du droit », in Rudolf von JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. fr. O. de Meulenaere, Dalloz, Paris, 2006 (1890 pour la traduction, 1872 pour l'original), p. xvii. Cf. aussi, pour une présentation et une critique de la théorie de Jhering, H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Scientia Verlag Aalen, 2^{ème} éd., 1984 (1923), pp. 88 ss.

¹⁰⁰ Cf. cependant récemment, s'appuyant essentiellement sur la doctrine espagnole elle-même inspirée des pénalistes allemands, Marion LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, Paris, 2010 (sur la réception de la théorie allemande du *Rechtsgut* en Espagne, cf. *ibid.*, p. 6, note 9).

¹⁰¹ Cf., par exemple, Winfried HASSEMER : « Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen ? », in Roland HEFENDEHL, Andrew VON HIRSCH, Wolfgang WOHLERS (dir.), *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel ?*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2003, p. 59 ; Tatjana HÖRNLE,

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

adoptée en France¹⁰². Dans la doctrine anglo-saxonne, une idée similaire est exprimée par le « principe du préjudice » (*harm principle*) : une interdiction n'est juste que si elle vise à éviter ou à réduire la production d'un préjudice¹⁰³. La théorie du *Rechtsgut* est habituellement rattachée aux Lumières, à l'*Aufklärung* : elle exprime l'idée que le droit est donné par des hommes et non par Dieu, et qu'il doit être justifié rationnellement¹⁰⁴. Elle domine la doctrine allemande, à tel point que les commentaires du code pénal ouvrent l'étude de chaque infraction par une réflexion sur l'« intérêt protégé » par la norme.

28. Cependant, l'idée qu'une norme pénale n'est justifiée que si elle protège un « bien juridique », si elle vise à éviter la production d'un « préjudice », relève de la politique criminelle ou de la philosophie morale. Sa traduction en droit positif ne saurait être affirmée sans vérification. Il semble exact qu'une norme pénale n'est légitime que si le comportement incriminé est susceptible d'être « nuisible »¹⁰⁵, mais une toute autre question est de savoir si la norme doit forcément exiger la réalisation de ce « résultat ». Ainsi, la doctrine pénale française n'ignore pas l'existence des infractions qu'elle appelle « formelles », qui sont consommées par la seule réalisation du comportement visé, quelles qu'en aient été les suites¹⁰⁶. De même, les pénalistes allemands ont souligné l'existence des *Tätigkeitsdelikte*, qui équivalent aux infractions formelles françaises¹⁰⁷. De manière similaire, les droits anglo-saxons connaissent des *inchoate crimes*, une catégorie d'infractions consommées avant la production du moindre préjudice¹⁰⁸. Toute réflexion doctrinale sur la conséquence dommageable du comportement visé par de telles normes s'écarte donc de l'analyse juridique. « D'un point de vue politique », expliquait Hans Kelsen, « il est évidemment du plus haut intérêt de savoir pour quelle raison et dans quel

Grob anstössiges Verhalten, Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, p. 1.

¹⁰² Les Professeurs Merle et Vitu renvoient d'ailleurs, lorsqu'ils mentionnent le « mal du délit » évoqué par les pénalistes du XIX^{ème} siècle, au traité d'Ortolan et à la traduction française du traité du grand pénaliste allemand von Liszt. Cf. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, pp. 652 s.

¹⁰³ Cf. Joel FEINBERG, *Harm to others*, Oxford University Press, New York, 1984, p. 26. Pour une présentation de ce « principe » tel que théorisé par John Stuart Mill, cf. Leonard Wayne SUMNER, *The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of Free Expression*, University of Toronto Press, 2004, pp. 19 ss. Pour une comparaison entre la « théorie de l'intérêt protégé » et le « principe du préjudice », cf. Andrew Von HIRSCH : « Der Rechtsgutbegriff und das 'Harm Principle' », in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (dir.), *op. cit.*, pp. 13-25

¹⁰⁴ Cf. T. HÖRNLE, *op. cit.*, p. 13. Tatjana Hörnle explique aussi le prestige de cette théorie en Allemagne par l'idée reçue selon laquelle la doctrine nationale-socialiste lui aurait été opposée. En réalité, plusieurs juristes nazis étaient partisans de ce système de justification, ayant remarqué qu'il n'entraînait guère une limitation du pouvoir normatif. L'histoire de ce concept, conclut le Professeur Hörnle, est fortement idéalisée. Cf. *ibid.*, p. 14.

¹⁰⁵ Cf. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 653.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 648 ss. ; Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, Paris, 2004, pp. 180 ss.

¹⁰⁷ Cf. par exemple Johanna SCHULENBURG : « Dogmatische Zusammenhänge von Rechtsgut, Deliktsstruktur und objektiver Zurechnung », in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (dir.), *op. cit.*, pp. 244 ss.

¹⁰⁸ Cf. par exemple , Larry ALEXANDER et Kimberly D. KESSLER : « Mens Rea and Inchoate Crimes », 87 *Journal of Criminal Law and Criminology* 1138 (1997), p. 1139.

INTRODUCTION

but le législateur édicte la sanction et la dirige contre un individu donné. D'un point de vue juridique, cependant, la raison et le but du législateur ne sont pris en compte que dans la mesure où ils sont exprimés dans le contenu de la norme »¹⁰⁹.

29. Comme à l'égard des valeurs de la liberté d'expression, la pertinence de l'étude de l'intérêt protégé dépend du but assigné à la réflexion. De manière peut-être plus explicite que la doctrine française, les pénalistes allemands considèrent que leur tâche consiste à justifier le droit, à procurer au législateur les critères lui permettant d'édicter des normes légitimes. Ainsi, dans sa thèse d'habilitation, Tatjana Hörnle, après avoir démontré les insuffisances et les défauts de la *Rechtsgutstheorie*, s'efforce de trouver d'autres critères que le législateur devrait observer dans l'édiction de normes pénales¹¹⁰. Elle ne s'applique jamais à établir le bien-fondé d'une telle enquête tant il semble admis que le rôle de la doctrine est de préciser les contours d'une politique criminelle « rationnelle »¹¹¹. Cette tâche de la doctrine est également présupposée dans l'important recueil d'essais sur la théorie du *Rechtsgut*¹¹². De même, la riche thèse de Marion Lacaze justifie l'intérêt d'une étude du « bien juridique protégé » par sa fonction de limitation de la politique criminelle en vertu de données extérieures au droit positif¹¹³. Evidemment, un objectif semblable est explicitement poursuivi dans les travaux anglophones qui, s'appuyant notamment sur John Stuart Mill, s'efforcent de déterminer les « limites morales » du droit pénal¹¹⁴.

30. Les analyses portant sur la légitimité de l'intervention du droit pénal, tout comme les recherches sur les justes limites d'un droit fondamental, sont loin d'être dénuées d'intérêt¹¹⁵. Il importe cependant de prendre garde à ne pas présenter des réflexions morales, philosophiques ou politiques comme une description du droit positif. Il semble qu'un tel pas soit souvent franchi avec le postulat d'une interdiction de tout « délit d'opinion », thèse particulièrement répandue dans la doctrine française, et que l'on peut rattacher au dogme de l'intérêt protégé¹¹⁶. Dans le cadre d'une analyse juridique de la liberté

¹⁰⁹ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 105.

¹¹⁰ Cf. T. HÖRNLE, op. cit., par exemple p. 34.

¹¹¹ Cf. *ibid.*, pp. 34 et 42 s.

¹¹² R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (dir.), op. cit. Cf. en particulier les contributions de Michael KAHLO : « Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht », p. 31 ; Gerhard SEHER : « Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff », pp. 39 ss. Cf. aussi B. ZABEL, art. cit., pp. 838 ss. ; et, considérant que la Constitution n'encadre pas suffisamment le législateur pénal, et que celui-ci doit donc être limité par la théorie du *Rechtsgut*, Sabine SWOBODA : « Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2010, pp. 44 ss.

¹¹³ M. LACAZE, op. cit., pp. 28 s.

¹¹⁴ Cf. les quatre volumes de Joel FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1984-1988. Le Professeur Feinberg expose très clairement l'objet de son enquête dès l'entame de cette œuvre de référence : « Ce livre est une tentative de trouver une réponse générale, bien que complexe, à la question suivante : quelles sortes de comportements un Etat peut-il justement criminaliser ? ». J. FEINBERG, *Harm to Others*, op. cit., p. 3.

¹¹⁵ Pour une belle étude des limites de la liberté d'expression basée sur le « principe de préjudice » (*harm principle*) de John Stuart Mill, cf. L. SUMNER, op. cit.

¹¹⁶ Cf. *infra*, par. 388 ss.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

d'expression, la question n'est pas de savoir si une restriction législative de ce droit est légitime, mais si elle est permise par la norme supérieure¹¹⁷. Ce ne sont ni Joel Feinberg, ni John Stuart Mill, ni la *Rechtsgutstheorie* qui encadrent *juridiquement* l'action du législateur. La Cour constitutionnelle allemande a récemment eu l'occasion d'insister sur ce point, confrontée à l'opinion dissidente du juge Hassemer, qui est également l'un des principaux promoteurs contemporains de la théorie de l'intérêt protégé¹¹⁸. En effet, de la même manière que le Professeur Hassemer affirmait dans ses écrits académiques que le « principe » de la protection du *Rechtsgut* « interdisait » au législateur d'édicter une loi pénale en l'absence d'un « bien juridique protégé »¹¹⁹, le juge Hassemer estimait à Karlsruhe que le législateur pénal ne pouvait intervenir que dans un « but légitime de la communauté », pour la sauvegarde d'une « valeur élémentaire » de la société¹²⁰. Dans un des derniers arrêts rendus par la Cour sous sa vice-présidence¹²¹, il reprocha à la majorité des juges de « n'effleurer que du bout des doigts » la *Rechtsgutstheorie*¹²². La Cour rétorqua que l'action du législateur était encadrée par la Constitution, et non par des « biens protégés » issus du droit naturel ou « reconnus » par certains auteurs de la doctrine. En précisant qu'elle n'entendait pas se prononcer sur l'intérêt de la *Rechtsgutstheorie* en matière de politique criminelle, elle rappela très justement que cette théorie ne saurait supplanter la Constitution pour fixer les limites du pouvoir législatif, en droit pénal comme ailleurs¹²³. C'est en effet dans la norme supérieure, et non dans les théories morales, philosophiques ou politiques, qu'il

¹¹⁷ Cf. les ouvrages fondamentaux de Ivo APPEL, *Verfassung und Strafe, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, notamment pp. 387 ss. ; et Otto LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, notamment pp. 145 ss.

¹¹⁸ Cf. par exemple l'ouvrage très fréquemment cité par la doctrine allemande, Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Fischer, Frankfurt, 1973 [non vidi].

¹¹⁹ W. HASSEMER, *art. cit.*, p. 61.

¹²⁰ BVerfGE 120, 224, *Inzest* (26 février 2008), Hassemer diss., p. 256.

¹²¹ Le mandat de Winfried Hassemer à la Cour constitutionnelle s'est achevé en 2008.

¹²² BVerfGE 120, 224, Hassemer diss., p. 257.

¹²³ *Ibid.*, p. 242 : « Will man hingegen mit einer „naturalistischen“ Rechtsgutstheorie als legitime Rechtsgüter nur bestimmte „Gegebenheiten des sozialen Lebens“ anerkennen (vgl. Weigend, a.a.O.) oder in anderer Weise von einem überpositiven Rechtsgutsbegriff ausgehen, so gerät ein solches Konzept - verstanden und angewendet als Element des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs - in Widerspruch dazu, dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke (vgl. BVerfGE 45, 187 <253>) auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen und die Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Diese Befugnis kann nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers „anerkannte“ Rechtsgüter eingeeignet werden. Sie findet ihre Grenze vielmehr - auf dem Gebiet des Strafrechts wie anderswo - nur in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt. Welchen Beitrag das Konzept des Rechtsgüterschutzes für die Rechtspolitik und für die Dogmatik des Strafrechts leisten können mag, ist hier nicht zu beurteilen (zum originär strafrechtlichen Anliegen und zur historischen Genese der Rechtsgutstheorie Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 15 ff.); jedenfalls stellt es keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen ».

INTRODUCTION

faut rechercher si une norme, par exemple une restriction législative de la liberté d'expression, est ou non juridiquement permise.

31. La réflexion sur l'intérêt protégé rend certainement de grands services en matière de politique et de philosophie morale. Sur le plan de l'analyse juridique, le dogme de l'intérêt protégé recèle cependant certains dangers. En ce qu'il constitue un obstacle à la description du droit positif, il gêne l'étude comparative¹²⁴. Plus précisément, il est susceptible de fausser à la fois l'analyse de la conformité d'une restriction à la norme supérieure, et la description du comportement visé par la restriction. Dès lors que l'on s'efforce de déterminer l'intérêt protégé par une norme (intérêt souvent identifié à l'« intention du législateur »¹²⁵), il existe un risque de décrire l'atteinte à cet intérêt comme un élément du fait générateur de la norme. Cet ajout peut intervenir dans l'élément matériel, mais également dans l'élément moral d'une infraction : le locuteur ne serait passible d'une peine que s'il a voulu porter atteinte à l'intérêt protégé. La méthode d'analyse juridique proposée permettra au contraire de décrire précisément les restrictions étudiées, et d'examiner leur conformité aux normes supérieures sans se prononcer sur leur bien-fondé moral.

§ 2. *L'objectif : une description précise du régime de l'expression négationniste en droit comparé*

32. Confronter les intérêts servis par la libre discussion aux préjudices susceptibles d'être infligés par certains propos est une entreprise parfaitement digne d'intérêt. Elle ne permet cependant pas de saisir objectivement quelles expressions peuvent ou doivent être interdites dans un système juridique. Une description scientifique de la liberté d'expression ne peut impliquer un choix parmi les valeurs promues par ce droit ou une détermination des intérêts protégés par ses limites : « le seul fait du caractère éminemment relatif des jugements de valeur qui entrent ici en ligne de compte suffirait à rendre cette façon de voir insoutenable »¹²⁶. Les riches débats, au sein de la doctrine allemande, sur l'intérêt protégé par telle ou telle norme, les controverses américaines sur « le principe » de la liberté d'expression¹²⁷, sont finement argumentés et fort instructifs, mais ne relèvent pas, et tel n'est pas leur but, de la stricte description des systèmes juridiques. Il est ainsi permis d'affirmer, à la manière de Joseph-Pierre Chassan en ouverture de son *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse* publié en 1837, que les

¹²⁴ Cf. en ce sens Angelika LAITENBERGER, *Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte*, Peter Lang, Frankfurt/Main, 2003, p. 303.

¹²⁵ Cf. *infra*, par. 938.

¹²⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. Ch. Eisenmann, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 1999 (1962), p. 120.

¹²⁷ Deux auteurs partageant des opinions très similaires quant au fondement « théorique » de la liberté d'expression peuvent parvenir à des solutions divergentes relativement à un problème précis. Cf. par exemple Edwin BAKER : « Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's "The Value of Free Speech" », 130 *University of Pennsylvania Law Review* 646 (1982), pp. 658 ss.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

« avantages et les inconvénients de la liberté de la presse sont une théorie étrangère à l'objet » de l'enquête entreprise ici¹²⁸.

33. Il ne s'agira pas d'examiner si le négationnisme *devrait* être interdit, mais d'étudier si les ordres juridiques permettent une telle restriction à la liberté d'expression, et le cas échéant de quelle manière elle a été mise en place¹²⁹. On s'efforcera d'établir si l'interdiction de ces propos est permise, défendue ou obligatoire en vertu des normes suprêmes de différents ordres juridiques. En outre, on précisera le comportement visé par les normes applicables à l'encontre du négationnisme, qu'elles visent spécifiquement cette expression ou non. Les grands traits de la méthode suivie pour satisfaire cet objectif seront présentés (A) avant que soient définis le corpus étudié (B) et les principaux instruments conceptuels utilisés (C). Il sera alors possible de dévoiler l'organisation de l'étude (D).

A. Une analyse normativiste de la liberté d'expression

34. Le normativisme est une entreprise descriptive, se refusant à toute évaluation morale ou politique de l'objet¹³⁰. Cet objet se compose de normes juridiques, étant entendu qu'une norme est « la signification d'un acte par lequel une conduite [humaine] est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »¹³¹, et qu'une norme est juridique lorsque cet acte est habilité par une autre norme juridique¹³². En adoptant une telle démarche, la présente étude exclut de son objet la justification philosophique, politique ou morale des normes. Dès lors, l'ensemble du phénomène abordé (l'appréhension juridique du négationnisme) ne pourra pas être traité. De nombreux éléments seront laissés à la science politique, à la sociologie, à l'histoire, à la philosophie ou à la psychologie. Une telle démarche devrait cependant présenter également un certain intérêt au sein du débat sur le bien-fondé de l'interdiction du négationnisme, puisqu'il incombe, avant de se prononcer en faveur ou à l'encontre d'une limite particulière, de décrire précisément les données du problème. La seule description des normes juridiques promet d'être riche d'enseignements, et de conduire à des résultats plus solides que ceux permis par la distinction forcément subjective entre un énoncé qui ne fait que « heurter,

¹²⁸ Joseph-Pierre CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, Paris/Colmar, 1837, tome I, p. 1.

¹²⁹ Cf. E. BARENDT, *op. cit.*, p. x, qui annonce explicitement que l'objet de son ouvrage de référence consiste à examiner comment un certain nombre de problèmes impliquant la liberté d'expression ont été résolus, et comment ils devraient l'être.

¹³⁰ Cf. Michel TROPER : « Normativisme », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Paris, 2003, p. 1074 ; Otto PFERSMANN : « Normativisme et décisionnisme », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, P.U.F., Paris, 3^{ème} éd., 2003, p. 510.

¹³¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13. Le Professeur Pfersmann parle d'énoncé « déontiquement modalisé ». Cf. par exemple Otto PFERSMANN : « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc PETIT (dir.), *La querelle des normes*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, n°27, 1995, p. 74.

¹³² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 16.

INTRODUCTION

choquer ou inquiéter », et une expression qui provoque un préjudice justifiant une sanction¹³³.

35. Cette démarche normativiste s'intéressera aux normes relatives au droit fondamental de la liberté d'expression¹³⁴, définie comme la permission de communiquer une signification, au moyen d'un comportement linguistique ou non, et essentiellement réalisé à cet effet¹³⁵. Dans chacun des ordres juridiques étudiés, la norme qui garantit ce droit contient aussi, explicitement ou non, des possibilités ou des exigences de limiter son exercice. Elles seront qualifiées de *limites supérieures* de la liberté d'expression. Elles prévoient la procédure de production des normes inférieures, en exigeant le vote d'une loi, et précisent dans une certaine mesure leur contenu. Le terme de *restrictions* (ou limites inférieures) sera utilisé pour désigner les normes inférieures limitant la liberté d'expression, au premier rang desquelles les lois et leurs concrétisations. La quasi-totalité des normes inférieures générales visant spécifiquement le négationnisme, et la grande majorité des restrictions plus larges ayant été appliquées à l'encontre de cette expression sont des normes pénales¹³⁶. L'application de ces restrictions à des cas concrets est donc la plupart du temps l'œuvre d'un juge ; il sera néanmoins plus volontiers question, par souci de justesse, d'organe de concrétisation¹³⁷.

Le corpus sur lequel portera l'analyse doit être précisé à deux égards.

¹³³ Cf. par exemple N. DROIN, *op. cit.*, pp. 145, 156 et 177, se prononçant pour l'interdiction des propos racistes, mais contre celle des propos homophobes ; et le désaccord du Professeur Emmanuel Dreyer dans son avant-propos à cette thèse.

¹³⁴ Les droits fondamentaux sont définis comme des permissions d'agir garanties à certains bénéficiaires par une norme supérieure, que les autorités publiques ne peuvent limiter que jusqu'à un certain point, sous peine de voir leur acte annulé par un organe juridictionnel compétent. Cf. O. PFERSMANN : « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 90. En ce sens, la liberté d'expression est un droit fondamental dans tous les ordres juridiques étudiés, garanti par les articles 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 5 de la Loi Fondamentale allemande, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et par le premier amendement à la Constitution des Etats-Unis. Dans le système français, la catégorie des titulaires des droits fondamentaux, habilités à saisir, indirectement, le Conseil constitutionnel, a fait l'objet d'un élargissement lors de la révision constitutionnelle de 2008.

¹³⁵ Cette ultime précision vise à exclure du concept de liberté d'expression les comportements dont l'aspect expressif n'est qu'accessoire. En effet, la plupart des comportements humains suggèrent l'idée qu'il est approprié de se comporter de la sorte dans les mêmes circonstances. Cf. F. SCHAUER : « Speech and "Speech" », *art. cit.*, p. 925 ; *Barnes v. Glen Theatre*, 501 U.S. 560 (1991), Souter conc., p. 581. Une liberté d'expression englobant toutes les activités dotées d'une telle implication ne se distinguerait plus d'une permission générale d'agir.

¹³⁶ Pour cette raison, les références à la jurisprudence du Conseil d'Etat français demeureront épisodiques dans le présent travail.

¹³⁷ Le législateur peut être décrit comme un organe de concrétisation de la Constitution. Néanmoins, pour éviter toute confusion, le concept d'« organe de concrétisation » utilisé ici désignera uniquement les autorités compétentes pour appliquer les normes générales législatives et infra-législatives à des propos concrets.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

B. Précision de l'objet de l'étude

36. Plusieurs ordres juridiques seront examinés, la démarche normativiste se prêtant fort bien au droit comparé (a). L'inclusion de l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, à laquelle il semble difficile de renoncer, pose en revanche un problème à cette méthode (b).

a. Une étude comparative

37. Contrairement à une thèse ancienne¹³⁸ et toujours répandue, le droit comparé ne consiste pas forcément à déterminer s'il est souhaitable qu'une solution juridique en vigueur dans un système soit transposée à un autre. En matière de liberté d'expression, cette conception pragmatique du droit comparé conduit généralement à la question de savoir si un ordre juridique devrait adopter un régime semblable à celui qui est en vigueur aux Etats-Unis ou, ce qui revient au même, si le système américain est ou non « meilleur » que d'autres régimes. Cette perspective, qui sert par exemple de problématique à un livre dirigé par Ian Loveland¹³⁹, suppose des préférences morales qui sont extérieures à l'analyse développée dans le présent travail. Dans l'introduction à un autre ouvrage, Ian Loveland assurait que pour être « davantage que l'expression d'une curiosité académique », une analyse comparée devait commencer par montrer qu'il existait un climat de réceptivité dans le système juridique hôte, que les juges et le législateur étaient ouverts à des influences non nationales, et que le « terrain étranger » avait un paysage suffisamment similaire à l'autre pour que l'exploration en vaille la peine¹⁴⁰. Cependant, on ne saurait considérer que l'objectif de la convergence des droits est inhérent au droit comparé¹⁴¹. Il est également permis de se livrer à l'analyse comparée par pure « curiosité académique », laquelle devrait d'autant plus être satisfaite que le droit comparé est « l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national »¹⁴².

¹³⁸ Cf. par exemple Rudolf von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. fr. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., tome 1, Marescq, Paris, 1886, p. 9 : « L'adoption d'institutions juridiques étrangères n'est point une question de nationalité, mais bien d'opportunité et de nécessité. Personne n'ira chercher au loin ce qu'il peut rencontrer à un degré de perfection égal ou même supérieur chez lui. Mais un fou seul refusera des oranges, sous prétexte qu'elles n'ont pas mûri dans son verger ». Cf. aussi, défendant cette mission unificatrice du droit comparé, Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Dalloz, Paris, 2005 (1921), pp. 240 ss.

¹³⁹ Ian LOVELAND (dir.), *Importing the First Amendment, Freedom of speech and expression in Britain, Europe and the USA*, Hart Publishing, 1998.

¹⁴⁰ I. LOVELAND : « Introduction », in I. LOVELAND (dir.), *A Special Relationship? American Influence on Public Law in the UK*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 2.

¹⁴¹ Cf. Otto PFERSMANN : « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, pp. 276 ss. Pour un article basé sur cette prémisse, cf. Roger P. ALFORD : « Free Speech and the Case for Constitutional Exceptionalism », 106 *Michigan Law Review* 1071 (2008). Dans la terminologie de cet auteur, le « comparatisme constitutionnel » est une position souhaitant que tous les Etats convergent vers les mêmes solutions juridiques, tandis que l'« exceptionnalisme constitutionnel » considère que chaque Etat se caractérise par un contexte propre, et qu'il est dès lors souhaitable de préserver la diversité des systèmes juridique.

¹⁴² O. PFERSMANN : « Le droit comparé », *art. cit.*, p. 287.

INTRODUCTION

38. L'étude simultanée de plusieurs ordres juridiques impose en effet de décrire précisément le fonctionnement de chaque système sans s'arrêter à la terminologie retenue dans un Etat¹⁴³. Le droit comparé implique donc la formation de concepts neutres, susceptibles d'être appliqués à l'étude de n'importe quel système juridique. Ainsi, les outils forgés ici pour étudier le régime du négationnisme dans certains ordres juridiques devraient être pertinents pour analyser d'autres problèmes impliquant la liberté d'expression dans d'autres systèmes.

39. Les ordres juridiques étudiés seront ceux de l'Allemagne, de la France, de la Convention européenne des droits de l'homme et des Etats-Unis d'Amérique. Ce choix s'explique par une série de considérations. Il semblait intéressant, d'abord, d'inclure dans le champ d'analyse un système juridique où les propos négationnistes ne font pas l'objet d'une interdiction. Les Etats-Unis paraissent tout indiqués à cet égard. Premièrement, les solutions apportées dans ce système à de nombreux problèmes impliquant la liberté d'expression divergent souvent de la situation rencontrée ailleurs dans le monde. A ce titre, elles peuvent être qualifiées d'« exceptionnelles »¹⁴⁴. Deuxièmement, la liberté d'expression a fait l'objet aux Etats-Unis, que ce soit en raison du « charisme » qui lui serait inhérent¹⁴⁵ ou bien de l'« intérêt de classe » qu'auraient pour elle les universitaires¹⁴⁶, de nombreux travaux et d'une jurisprudence très systématisée. Ainsi, selon un auteur, « la pensée américaine sur la liberté d'expression est pertinente pour le reste du monde parce que notre expérience de gestion des conflits relatifs à la liberté d'expression et de réglementation de la communication est inhabituellement riche. La société américaine n'a peut-être pas les meilleures réponses, mais elle a davantage réfléchi au problème »¹⁴⁷.

40. Cependant, si la supériorité quantitative des écrits sur la liberté d'expression aux Etats-Unis paraît certaine, l'antériorité de la réflexion par rapport au traitement de la question en Allemagne est loin d'être évidente. Il apparaîtra ainsi qu'à l'époque considérée comme étant celle de la formation de la conception américaine contemporaine de la liberté d'expression, des débats très similaires se tenaient en Allemagne. Dans cet Etat, le régime juridique de la

¹⁴³ Cf. *ibid.*, pp. 285 ss. Cf. aussi Christoph SCHÖNBERGER : « Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild », *Verfassung und Recht in Übersee*, n° 43, 2010, pp. 21 s. (l'auteur souligne la nécessité d'une description nouvelle et distancée : « *verfremdete Neubeschreibung* »).

¹⁴⁴ Cf. F. SCHAUER : « The Exceptional First Amendment », in Michel IGNATIEFF (dir.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 29-56. Il semble que le régime hongrois de la liberté d'expression se rapproche du modèle américain. Cf. Peter MOLNAR : « Towards Improved Law and Policy on 'Hate Speech' – The 'Clear and Present Danger' Test in Hungary », in I. HARE et J. WEINSTEIN (dir.), *op. cit.*, pp. 247 ss.

¹⁴⁵ H. KALVEN, *A Worthy Tradition, Freedom of Speech in America*, Harper & Row, New York, 1989, p. 156.

¹⁴⁶ R. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, révisé par S. Levinson, 5^{ème} éd., University of Chicago Press, Chicago, 2010, p. 332.

¹⁴⁷ Rodney SMOLLA, *Free Speech in an Open Society*, Knopf, New York, 1992, p. 347 [non *vidi*], cité dans E. BARENDT : « The Importation of United States Free Speech Jurisprudence? », in I. LOVELAND (dir.), *A Special Relationship?*, *op. cit.*, p. 215.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

liberté d'expression s'inscrit, en outre, au sein d'une théorie très conceptualisée des droits fondamentaux, qui fournit certains outils utiles à l'analyse des systèmes juridiques. En plus d'évidentes raisons d'ordre historique, plusieurs éléments incitaient donc à inclure l'ordre juridique allemand à l'étude du régime des propos négationnistes.

41. Malgré la vigueur du débat politique qui s'est déroulé en France au sujet de l'interdiction du négationnisme, les développements relatifs à ce système seront brefs, comparés aux analyses portant sur les ordres juridiques allemand et américain, dans la première partie de ce travail, qui porte principalement sur les normes supérieures¹⁴⁸. Peut-être en raison de la longue absence d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois¹⁴⁹, la réflexion doctrinale et la jurisprudence sur la liberté d'expression ne sont guère systématisées en France¹⁵⁰. Le Conseil constitutionnel n'a pas développé une jurisprudence en matière de liberté d'expression comparable à l'œuvre de la Cour de Karlsruhe et de la Cour suprême. A cet égard, la décision rendue au début de l'année 2012 à propos de la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi est très représentative¹⁵¹. La garantie constitutionnelle de la liberté d'expression en France, énoncée dans des dispositions fort générales de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, forme donc en quelque sorte un terrain presque vierge sur lequel il est intéressant d'appliquer les instruments d'analyse développés à l'appui des autres ordres juridiques¹⁵².

42. L'analyse du régime des droits fondamentaux en France ne peut se passer d'une étude de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, des juridictions françaises contrôlent la conformité des restrictions de la liberté d'expression à ce traité international, en adoptant les critères mis en place par la Cour de Strasbourg. Par ailleurs, bien que toute considération sur l'influence de la Cour européenne et la convergence des ordres juridiques nationaux¹⁵³ soit extérieure à l'analyse juridique, le choix des objets d'une étude de droit comparé

¹⁴⁸ L'analyse sera plus équilibrée à l'égard des normes inférieures, essentiellement législatives, et de leur concrétisation, qui sont surtout traitées dans la seconde partie.

¹⁴⁹ Cf. désormais l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁵⁰ Il n'est cependant pas certain que l'existence de la Question prioritaire de constitutionnalité conduise le Conseil à abandonner le laconisme de ses motivations. Le Professeur Rolin a pu remarquer qu'il n'en prenait guère le chemin : « La majeure partie des décisions rendues dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité présente cette caractéristique d'être rédigées, plus encore que d'ordinaire, dans un style lapidaire qui interdit aussi bien de comprendre les fondements de la solution rendue que d'en mesurer la portée. [...] Alors que le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception devait [...] être l'occasion de faire émerger un système des droits constitutionnels cohérent et articulé, ces décisions conduisent à une accumulation de solutions d'espèce qui ne dessinent les contours d'aucune logique ni d'aucune vision d'ensemble ». Frédéric ROLIN : « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2386.

¹⁵¹ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

¹⁵² La Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution de l'incrimination du négationnisme. Cass. crim., 7 mai 2010, n° 12008, *Mme X... et autres c. Fédération nationale des déportés et internés, résistants et patriotes, et autres*. Cf. *infra*, par. 954, note 353.

¹⁵³ Cf. par exemple L. PECH, *op. cit.*, pp. 31 s.

INTRODUCTION

peut parfaitement se fonder sur l'observation de telles tendances¹⁵⁴. Enfin, si elle n'a qu'un rang législatif en droit allemand¹⁵⁵, et supra-législatif mais infra-constitutionnel en droit français, la Convention est une norme supérieure du droit européen des droits de l'homme, dont la Cour de Strasbourg contrôle le respect.

43. Le choix de l'inclure à l'étude se justifie d'autant plus qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les droits prévus dans la Charte « correspondant à des droits garantis par la Convention européenne [...] des droits de l'homme » ont le même « sens » et la même « portée » « que ceux que leur confère ladite convention »¹⁵⁶. La liberté d'expression, prévue à l'article 11 de la Charte et à l'article 10 de la Convention, est concernée par cette disposition¹⁵⁷. L'étude du régime « strasbourgeois » de la liberté d'expression est donc de la plus grande importance pour connaître le droit de l'Union européenne. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne sera pas prise en compte¹⁵⁸.

44. Il sera par contre fait ponctuellement référence à certains autres ordres juridiques, lorsqu'une particularité fournit de précieux enseignements. Ainsi, l'antinazisme constitutionnel autrichien sera étudié dans le troisième chapitre, et l'incrimination suisse du négationnisme sera mentionnée dans le dernier chapitre en raison de sa spécificité. Quelques illustrations jurisprudentielles seront également tirées de systèmes juridiques où les motivations des décisions de justice sont très détaillées, tels le Canada et l'Australie. Ces ordres juridiques

¹⁵⁴ Cf. par exemple Mario OETHEIMER, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe, Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Pedone, Paris, 2001.

¹⁵⁵ D'un point de vue non strictement juridique, la Convention européenne revêt une importance supérieure. La Cour constitutionnelle allemande recommande de tenir compte de ce texte et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors que cette « interprétation favorable » n'entraîne pas une violation de la Loi Fondamentale. Cf. Céline FERCOT : « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand », *RFDC*, 2007, pp. 643 s. ; et récemment BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, notamment par. 86 ss. Cette « amabilité » envers le droit international (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) ne correspond pas à une supériorité normative de la Convention dans l'ordre juridique allemand, mais plutôt à l'exigence d'une sorte de politesse au sein de la motivation des décisions de justice. Bien entendu, il s'agit également d'éviter les condamnations de l'Allemagne à Strasbourg (cf. *ibid.*, par. 90).

¹⁵⁶ Cf. sur ce point Bertrand FAVREAU : « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Pourquoi ? Comment ? », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 13 s. ; Matthias KNECHT : « Artikel 11 GRC », in Jürgen SCHWARZE (dir.), *EU-Kommentar*, 2^{ème} éd., Nomos, Baden-Baden, 2009, par. 11 ; Ulrich BECKER : « Artikel 52 GRC », in J. SCHWARZE (dir.), *op. cit.*, par. 14 ss. ; Juliane KOKOTT et Christoph SOBOTTA : « Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon », *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2010, pp. 266 s.

¹⁵⁷ Les explications (dénuées de valeur juridique), jointes par la Convention sur la Charte des droits fondamentaux, précisent que l'article 11 n'est pas censé faire obstacle à certains régimes d'autorisation découlant du droit de la concurrence. Cette précision peut être ignorée ici. Une question particulière pourrait être soulevée par la garantie, dans la Charte, d'une liberté de la recherche, absente de la Convention européenne des droits de l'homme. Cf. cependant *infra*, par. 247.

¹⁵⁸ C'est à l'égard des droits « nouveaux », prévus dans la Charte mais non dans la Convention européenne, que l'intérêt de la jurisprudence rendue à Luxembourg est le plus vif. Cf. B. FAVREAU, *art. cit.*, p. 36.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

ne seront cependant évoqués que de manière ponctuelle : ils ne sont pas concernés par les assertions générales portant sur « les systèmes juridiques étudiés ». Ils permettent notamment de souligner que certaines variations des constructions conceptuelles développées pour procéder à l'analyse, si elles n'existent pas dans les ordres juridiques étudiés, sont identifiables dans d'autres systèmes.

45. Cette présentation de l'objet étudié a pu sembler mettre à jour une contradiction avec les développements la précédant immédiatement et portant sur le caractère normativiste de la démarche adoptée. Il convient de résoudre cette difficulté.

b. Le problème de la jurisprudence constitutionnelle

46. Un problème sur lequel il convient de s'attarder est posé par la jurisprudence des organes qui contrôlent la conformité des normes inférieures aux normes supérieures. Cette difficulté apparaît avec davantage d'acuité lors de l'étude de la garantie constitutionnelle américaine de la liberté d'expression, mais sa résolution sera également fort utile pour l'examen des autres systèmes juridiques.

47. Pour identifier les normes supérieures organisant la protection et la limitation de la liberté d'expression, la démarche normativiste s'intéresse aux dispositions de la Constitution ou du Traité international. La plupart des normes supérieures qui garantissent un droit fondamental et prévoient des possibilités de limiter son exercice sont formulées de manière très abstraite. En matière de liberté d'expression, les énoncés sont moins généraux dans la Loi Fondamentale allemande¹⁵⁹ et dans la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁰ que dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁶¹ ou que dans la Constitution des Etats-Unis¹⁶². Bien sûr, les normes supérieures encadrant l'exercice de la liberté d'expression sont souvent éparpillées dans le document

¹⁵⁹ Article 5 de la Loi Fondamentale : « Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole [...]. Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel. [...] » (traduction officielle accessible sur le site du gouvernement, www.bundesregierung.de).

¹⁶⁰ Article 10 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. [...] L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

¹⁶¹ Article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ». Article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi ».

¹⁶² Premier amendement à la Constitution des Etats-Unis : « Le Congrès ne fera aucune loi [...] qui restreigne la liberté de parole ou de la presse ».

INTRODUCTION

constitutionnel : elles doivent également être recherchées en d'autres lieux qu'au sein des seules dispositions traitant explicitement de ce droit.

48. On ne saurait, en revanche, identifier la norme supérieure aux décisions de l'organe contrôlant son respect. Une norme générale fixe à son organe de concrétisation un cadre à l'intérieur duquel il peut librement choisir : toute décision intervenant au sein de ce cadre sera conforme à la norme. L'essentiel pour la démarche normativiste consiste donc à identifier les bordures de ce cadre, lesquelles sont tracées par la norme supérieure et non par le juge constitutionnel.

49. Pourtant, il apparaît d'emblée que la jurisprudence des juges constitutionnels (et conventionnels) ne saurait être ignorée. En particulier, une description du régime américain de la liberté d'expression faisant l'impasse sur la jurisprudence de la Cour suprême semble intuitivement foncièrement incomplète. La jurisprudence constitutionnelle doit ici être distinguée des décisions prises par les organes qui appliquent les limites inférieures de la liberté d'expression à des propos concrets. Ces décisions sont des normes individuelles : elles ne valent que pour l'espèce concernée. Ainsi, des décisions jurisprudentielles concrétisant les limites législatives de la liberté d'expression seront mentionnées ou analysées dans ce travail pour *illustrer* la description de la tâche des organes de concrétisation, notamment la vérification de l'existence concrète du comportement visé par la norme générale. Relativement à la norme suprême, cependant, la prise en compte de la jurisprudence à des seules fins illustratives semble insuffisante. D'abord, en ce que ces décisions sont susceptibles d'annuler des normes générales, elles peuvent produire des effets *erga omnes*. Mais surtout, il semble que le raisonnement suivi pour parvenir à la décision ait vocation à s'appliquer à d'autres situations futures.

50. Comme on le perçoit immédiatement, l'inclusion d'un tel objet pose un problème à la démarche normativiste. Hans Kelsen concevait la théorie pure du droit comme une théorie générale pouvant servir à l'étude de tout système juridique¹⁶³. Elle se prête néanmoins mal à l'étude de la *common law*, système où les normes générales écrites jouent un rôle moins essentiel¹⁶⁴. Or, on peut affirmer que le droit constitutionnel américain s'apparente à une *common law* se développant au sein des normes très générales de la Constitution écrite. Le problème pourrait être rapidement évacué en soutenant qu'en vertu du « principe du précédent », ou du *stare decisis*¹⁶⁵, le raisonnement fondant les

¹⁶³ Cf. H. KELSEN : « Was ist die reine Rechtslehre? » (1953), in Hans KLECATSKY, René MARCIC et Herbert SCHAMBECK (éd.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Europa Verlag, Vienne, 1968, p. 611.

¹⁶⁴ Cf. Jeremy BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, éd. par J. H. Burns et H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 119 : « As a System of general rules, the Common Law is a thing merely imaginary ».

¹⁶⁵ Le principe du précédent vertical décrit une obligation des cours inférieures de se conformer à la jurisprudence d'une cour supérieure. Le précédent horizontal désigne l'obligation d'une cour de respecter ses propres décisions antérieures. C'est de cette seconde alternative, aussi appelée *stare decisis*, qu'il est ici question. Sur cette distinction, cf. par exemple F. SCHAUER : « Has Precedent Ever Really Matter in the Supreme Court? », *art. cit.*, p. 385.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

décisions de l'organe qui contrôle le respect de la norme supérieure forme des normes générales. Hans Kelsen mentionne d'ailleurs une telle situation lorsqu'il évoque, rapidement, la question du précédent¹⁶⁶. Cependant, le caractère général de la *ratio decidendi* des normes juridictionnelles doit alors provenir d'une norme de l'ordre juridique¹⁶⁷. Or, dans aucun des systèmes étudiés, on ne trouvera de norme prévoyant que la décision du juge constitutionnel sur un cas concret doit être suivie, par ce même juge, dans un cas ultérieur similaire.

51. Le premier alinéa de l'article 16 de la loi sur la Cour constitutionnelle allemande énonce peut-être ce qui se rapproche le plus d'une telle norme, en ce qu'il associe une conséquence juridique à une divergence jurisprudentielle. Selon cette disposition, lorsqu'une chambre (*Senat*) de la Cour souhaite résoudre une question juridique d'une manière différente de celle adoptée préalablement par l'autre chambre, la formation plénière de la Cour doit se prononcer¹⁶⁸. Pour au moins deux raisons, on ne saurait cependant considérer qu'il s'agit là d'un fondement normatif du respect du précédent. D'abord, l'article 16 n'interdit pas de dévier de la jurisprudence des autres juges. Tout juste peut-on considérer qu'il met en place un fondement structurel du respect du précédent, à travers un phénomène dénommé *horror pleni* à l'époque du *Reichsgericht* : les contrariétés de temps et d'organisation liées à la convocation de l'assemblée plénière inciteraient les juges à éviter une telle situation¹⁶⁹. En outre, l'article 16 ne dit

¹⁶⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 249. Hans Kelsen n'est guère plus prolix dans son ouvrage rédigé aux Etats-Unis et censé « rendre [la théorie pure du droit] intelligible aux lecteurs formés dans la tradition de la *Common Law* ». Cf. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 45 (pour la citation), 203 et 321 (sur le précédent). Cf. aussi *contra* A. JAVIER TREVINO : « Transaction Introduction » (2004), in H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Transaction, New Brunswick, 2005, p. xxiii : selon l'auteur, l'ouvrage *Théorie générale du droit et de l'Etat* montre que la « théorie du droit [de Kelsen] est vraiment générale, en ce qu'elle rend compte tant de la *Common Law* que du droit continental ». L'auteur n'aborde cependant nullement le problème du précédent dans son introduction. Cf., remarquant plus justement le laconisme de Kelsen sur la *common law*, Alfred W. B. SIMPSON : « The Common Law and Legal Theory » (1973), in A. W. B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History*, The Hambledon Press, London, 1987, p. 365.

¹⁶⁷ Cf. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, *op. cit.*, p. 203 : le juge doit être habilité (*entitled*) par une norme à édicter une norme générale. On ne saurait se contenter d'« admettre » le caractère général des normes jurisprudentielles, comme semble le préconiser M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 90. Cf. aussi *ibid.*, p. 100. Lorsque le Professeur Troper s'efforce, dans une autre étude, d'identifier un fondement à l'obligation de suivre les précédents, il ne traite que du précédent vertical, et nullement du précédent horizontal. Cf. M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'état*, P.U.F., Paris, 2001, pp. 170 s. Enfin, les « contraintes juridiques » produisant le respect des précédents ne sont pas des normes juridiques. Cf. *ibid.*, p. 96.

¹⁶⁸ Article 16 al. 1 BVerfGG : « Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen, so entscheidet darüber das Plenum des Bundesverfassungsgerichts ».

¹⁶⁹ Cf. K. LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, *op. cit.*, pp. 12 s. ; Thomas LUNDMARK : « *Stare decisis* vor dem Bundesverfassungsgericht », *Rechtstheorie*, 1997, p. 329 ; Carsten JUNGSMANN : « Ein neuer „horror pleni“ in den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs? », *Juristen Zeitung*, 2009, p. 382 (avec de nombreuses références). Cette garantie structurelle du respect du précédent est affaiblie par la possibilité donnée à une chambre d'éviter la convocation de l'assemblée plénière en signalant qu'elle ne maintient pas la conception juridique dont l'autre chambre souhaite s'éloigner (article 48 alinéa 2, *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgericht*). Des dispositions similaires existent au sein du règlement de la Cour fédérale de justice

INTRODUCTION

rien du respect, par une formation juridictionnelle, de ses propres précédents : une chambre peut prendre une décision différente de celle qu'elle avait précédemment retenue sans que cela exige une intervention de la formation plénière¹⁷⁰.

52. Le fondement juridique le plus fréquemment invoqué pour le principe du précédent semble être la sécurité juridique. On raisonne alors ainsi : dans tous les ordres juridiques étudiés, la norme supérieure exige que les lois pénales, voire toutes les lois limitant un droit fondamental, soient prévisibles¹⁷¹. Or, puisqu'une certaine imprécision des lois générales est inévitable, il reviendrait à la jurisprudence de leur conférer une précision suffisante¹⁷². L'exigence de sécurité juridique serait alors satisfaite grâce au principe du précédent¹⁷³. Cependant, si l'on s'intéresse à cette exigence non simplement comme un idéal, mais comme un impératif découlant d'une norme juridique¹⁷⁴,

(*Bundesgerichtshof*). Un tel fondement du *stare decisis* s'apparente à une « contrainte juridique » au sens de Michel Troper. Cf. M. TROPER, *La théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 95 s. Il convient de signaler que la convocation du *Plenum* était notamment évitée à l'époque du *Reichsgericht* en ayant recours à des distinctions exagérément subtiles et non pertinentes. Une telle pratique est parfois désignée aux Etats-Unis par l'expression « *White horse case* » : un litige impliquant un cheval blanc ne serait pas concerné par un précédent portant sur des faits identiques à l'exception de la couleur de l'animal. Cf. par exemple *Viero v. Bufano*, 901 F.Supp. 1387 (1995), p. 1395 ; *United States v. Goldberg*, 60 F.3d 1536 (1995), p. 1540, note 13.

¹⁷⁰ Cf. Hans LECHNER et Rüdiger ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 4^{ème} éd., C. H. Beck, München, 1996, § 16, par. 3.

¹⁷¹ Sur l'identité entre la « sécurité juridique » et la prévisibilité, cf. Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, 2009, p. 44.

¹⁷² Cf. par exemple Th. PIAZZON, *op. cit.*, p. 231 ; et BVerfG, 21 novembre 2002, 2 BvR 2202/01, § 5 ; BVerfGE 86, 288, p. 311.

¹⁷³ Isabelle RORIVE, *Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003, p. 22.

¹⁷⁴ Thomas Piazzon note que « le juriste français ne se soucie guère de fonder en droit la référence – souvent intuitive – à la sécurité juridique, c'est-à-dire de lui trouver une place dans la hiérarchie des normes, se contentant de parler de valeur, d'impératif ou d'exigence fondamentale ». Th. PIAZZON, *op. cit.*, p. 148. Cf. cependant, établissant ce fondement dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 720 ; et percevant une « constitutionnalisation implicite » de l'exigence de sécurité juridique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., Paris, 2004. Relativement aux lois pénales et/ou aux limites législatives des droits fondamentaux, voire spécifiquement de la liberté d'expression, on peut notamment identifier les fondements normatifs suivants dans les ordres juridiques étudiés. Le Conseil constitutionnel a perçu dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme une « nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, cons. 7). L'article 103 alinéa 2 de la Loi Fondamentale impose au législateur de décrire les conditions de réalisation d'une infraction si précisément que le destinataire de la norme puisse prévoir si un comportement est passible d'une sanction (cf. par exemple BVerfGE 75, 329, p. 341). L'article 10 alinéa 2 de la Convention européenne des droits de l'homme permet de limiter la liberté d'expression si une telle restriction est, parmi d'autres conditions, « prévue par la loi ». La Cour de Strasbourg a jugé à cet égard qu'« on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (*Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 49). La garantie d'une « procédure régulière de droit » au quatorzième amendement

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

il faut reconnaître qu'elle n'impose nullement le principe du *stare decisis* à la jurisprudence constitutionnelle. La prévisibilité demandée est en effet celle de certaines lois, et non celle des normes supérieures. Il convient par ailleurs de souligner que la prévisibilité est bien imposée au législateur, et non au juge concrétisant les lois. La loi doit fixer au juge un cadre suffisamment étroit, à l'intérieur duquel celui-ci demeure libre. Certes, une certaine uniformité de la jurisprudence peut être souhaitable du point de vue de l'idéal que représente la sécurité juridique. Toutefois, elle n'est normativement imposée dans aucun des systèmes juridiques étudiés. La Cour constitutionnelle allemande considère certes que l'exigence constitutionnelle de prévisibilité de la loi pénale prévue à l'article 103 alinéa 2 de la Constitution impose au juge de ne pas appliquer la norme à l'encontre de comportements non prévus par son énoncé¹⁷⁵. Mais cela revient simplement à prévoir que la concrétisation fautive d'une loi pénale viole la Constitution : le juge doit se prononcer au sein du cadre octroyé par la norme législative.

53. Un raisonnement semblable permet d'écarter le principe d'égalité comme fondement du respect du précédent¹⁷⁶. Il est certes souhaitable que les cas similaires soient traités de manière similaire. Mais une telle affirmation est très incomplète dès lors que toutes les espèces se ressemblent par certains aspects et, surtout, divergent par d'autres¹⁷⁷. Il importe alors de connaître les ressemblances pertinentes qui limitent l'arbitraire du juge. Or, celles-ci sont fixées par la norme générale. A l'intérieur de ce cadre, le juge est libre : une concrétisation conforme de la norme ne saurait constituer une atteinte à l'exigence constitutionnelle d'égalité¹⁷⁸.

54. Le principe du précédent n'a donc pas de fondement juridique. Pourtant il semble, dans une certaine mesure, qu'on l'observe en pratique, en particulier dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Ainsi, bien qu'il ne soit pas édicté par une norme, il s'agit, dans les termes de Roscoe Pound, d'une « technique traditionnelle de décision », d'une « habitude mentale régissant l'art juridictionnel »¹⁷⁹. Le terme d'habitude semble cependant inexact : on n'est pas

à la Constitution des Etats-Unis (« *due process of law* », trad. de Elizabeth ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, Paris, 2010, p. 881) s'oppose à ce qu'une loi soit si vague que des hommes d'intelligence normale en soient réduits à essayer deviner sa signification (cf. par exemple *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), p. 391). Il peut paraître contradictoire de citer ici des références jurisprudentielles alors que tout caractère de norme générale semble leur être dénié dans le corps du texte. Cf. cependant *infra*, par. 56 ss.

¹⁷⁵ Cf. par exemple BVerfGE 73, 206, p. 235 ; Christoph DEGENHART : « Art. 103 », in Michael SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 5^{ème} éd., C.H. Beck, München, 2009, par. 69.

¹⁷⁶ Cf. par exemple Chaïm PERELMAN : « L'usage et l'abus des notions confuses », in Chaïm PERELMAN, *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, p. 809 : « il faut traiter de la même façon les situations essentiellement semblables, [...] ce principe [...] est à la base du recours au précédent judiciaire ». Cf. aussi K. LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁷ Cf. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^{ème} éd., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 159 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 249.

¹⁷⁸ Cf. en ce sens BVerfG (3^{ème} section de la 1^{ère} chambre), 4 août 2004, *NVwZ* 2005, 81, p. 82.

¹⁷⁹ R. POUND, *art. cit.*, p. 648.

INTRODUCTION

forcément conscient de se conformer à une habitude. Par surcroît, le manquement à une habitude n'est guère susceptible de faire l'objet d'une critique paraissant légitime¹⁸⁰. Or, il suffit de parcourir n'importe quel arrêt de la Cour suprême pour remarquer que le respect des décisions antérieures est considéré comme une directive devant être suivie, que le reproche de s'écarter des précédents est perçu comme un argument pertinent. S'il est exact que la Cour s'écarte parfois de sa jurisprudence passée, que le phénomène de la dissidence persistante existe¹⁸¹, il n'en demeure pas moins que les juges fondent leurs arguments sur des précédents et s'efforcent ainsi de justifier leurs revirements¹⁸². Si le principe du *stare decisis* n'est pas une norme juridique, il constitue néanmoins une règle de conduite. Les juges ne tiennent pas compte des précédents par simple habitude, mais font preuve d'une « attitude de réflexion critique »¹⁸³ : le respect des précédents est utilisé par les juges comme un critère pertinent d'évaluation de leur comportement¹⁸⁴, comme un « standard commun de décision juridictionnelle correcte »¹⁸⁵. Aux Etats-Unis, comme en Angleterre, le principe du *stare decisis* n'est donc pas une exigence juridique mais une obligation que les juges s'imposent eux-mêmes¹⁸⁶. Si le respect du précédent n'est pas juridiquement contraignant, il est perçu comme une obligation par les acteurs du système. Dans la présente étude, et contrairement à la théorie proposée par Hart, cette donnée sociologique du « point de vue interne » n'est pas considérée comme un fondement de la validité juridique d'une norme. Simplement, sa prise en compte permet de rendre intelligible la pratique et le discours des acteurs de l'ordre juridique¹⁸⁷.

55. Le présent travail entend cependant décrire en premier lieu le système normatif, et non la seule pratique des acteurs¹⁸⁸. Il convient d'insister à nouveau sur le fait que la marge de liberté du juge est fixée par la norme générale qu'il est chargé d'appliquer. Aussi, la « règle » créée par un précédent, qui exerce une certaine contrainte, non pas juridique, mais du point de vue interne, restreint-elle le cadre fixé par la norme générale. Le principe du *stare decisis* est une

¹⁸⁰ Cf. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., pp. 55 s.

¹⁸¹ Cf. F. SCHAUER : « Has Precedent Ever Really Matter in the Supreme Court? », art. cit., p. 395.

¹⁸² Cf. par exemple *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), p. 443 ; *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 864. Le fait que les juges se sentent contraints d'expliquer la raison pour laquelle ils ne suivent pas un précédent permet de réconcilier l'existence du *stare decisis* avec le changement perpétuel de la jurisprudence. Cf. N. DUXBURY, op. cit., p. 92.

¹⁸³ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 57.

¹⁸⁴ Cf. *ibid.*, pp. 98 et 117 ; Scott J. SHAPIRO : « What is the Internal Point of View? » 75 *Fordham Law Review* 1157 (2006), p. 1163 ; et N. DUXBURY, op. cit., pp. 20 s.

¹⁸⁵ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 116.

¹⁸⁶ Cf. N. DUXBURY, op. cit., p. 116.

¹⁸⁷ S. SHAPIRO, art. cit., p. 1166. Pour une élaboration du concept du « point de vue interne », cf. Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 275 ss.

¹⁸⁸ Selon deux auteurs, la doctrine américaine considère majoritairement que la distinction entre une norme juridique générale et une pratique est artificielle. P. ATIYAH et R. SUMMERS, op. cit., p. 119, note 11. Pour un exemple, cf. Richard H. FALLON, Jr. : « Stare Decisis and the Constitution: An Essay of Constitutional Methodology », 76 *New York University Law Review* 570 (2001), p. 582. Selon cet auteur, la constitutionnalité du *stare decisis* dépend de son ancrage dans la pratique.

LE NÉGATIONNISME FACE AUX LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

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*, *cit.*, 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 XX^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* elle²³⁴. 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.