

LIBERTÉ D'EXPRESSION ET NÉGATIONNISME (*)

Dans son admirable méditation sur Auschwitz, le philosophe italien Giorgio Agamben cite ces propos cyniques qu'un SS tenait aux prisonniers, par lesquels commence l'*opus ultimum* de Primo Levi, *I sommersi e i salvati*, :

« De quelque façon que cette guerre finisse, nous l'avons déjà gagnée contre vous ; aucun d'entre-vous ne restera pour porter témoignage, mais même si quelques-uns en réchappaient, le monde ne les croira pas. Peut-être y aura-t-il des soupçons, des recherches faites par les historiens, mais il n'y aura pas de certitude parce que nous détruirons les preuves en vous détruisant. Et même s'il devait subsister quelques preuves, et si quelques-uns d'entre-vous devaient survivre, les gens diront que les faits que vous racontez sont trop monstrueux pour être crus : ils diront qu'il s'agit d'exagérations de la propagande alliée, et ils nous croiront nous, qui nierons tout, et pas vous. L'histoire des Lager, c'est nous qui la dicterons » ⁽¹⁾.

Cela atteste que la négation du génocide perpétré par les nazis et leurs complices à l'encontre des Juifs fait partie du projet génocidaire lui-même et inscrit d'emblée dans une perspective singulière la question de la licéité, au regard du droit, d'écrits visant à nier le génocide.

A l'instar de nombreux États européens, la France s'est récemment dotée d'une législation incriminant la contestation de « l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du Tribunal international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale » (arti-

(*) Le présent texte, à quelques différences près, est d'abord paru dans le numéro 12 de la revue italienne *Ragion Pratica*, sous le titre « Libertà di espressione e negazionismo », dans une traduction de Maria Laura Tasso.

(1) Primo LEVI, *Les naufragés et les rescapés*, trad. André Maugé, Gallimard, 1989, p. 11, cité par Giorgio AGAMBEN, *Ce qui reste d'Auschwitz*, trad. Pierre Alferi, Bibliothèque Rivages, 1999, p. 206.

cle 24bis rajouté à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse par la loi du 13 juillet 1990, dite « loi Gayssot »). La formule adoptée par le législateur français ne brille ni par sa concision ni par sa clarté. A l'inverse de la solution consacrée par les législations espagnole ou suisse ⁽²⁾, la loi de 1990 ne punit pas la négation de tous les génocides ou crimes contre l'humanité. On a craint, en effet d'ouvrir devant les tribunaux des débats délicats, tant en ce qui concerne la qualification des faits ⁽³⁾ que les répercussions diplomatiques des décisions rendues ⁽⁴⁾, à quoi il faut ajouter que l'histoire de France, même en la limitant à l'après-guerre, n'est pas exempte de crimes contre l'humanité (la décolonisation a donné lieu à de nombreuses exactions, y compris parfois sur le territoire métropolitain). Privée de sa généralité pour des raisons de prudence, la loi française n'assume pas non plus directement son particularisme, puisqu'elle recourt à une référence compliquée au statut du Tribunal international de Nuremberg ainsi qu'aux décisions juridictionnelles (essentiellement celle du Tribunal lui-même) prises pour son application ⁽⁵⁾. L'objet de la loi, cependant, est clair : comme l'indiquait nettement le garde des sceaux, M. Arpaillange, lors des débats parlementaires, sont visés « ceux qui prétendent démontrer l'inexistence de l'holocauste nazi sous le couvert de la recherche historique » ⁽⁶⁾, autrement dit ceux qui entendent profiter de la légitimité conférée par le débat scientifique et le statut d'historien pour soutenir que la *Shoah* est une invention intéressée de ses victimes. Il est à noter que, par ses autres dispositions également, ce texte vise à

(2) Voy. Emanuela FRONZA, « Négationnisme et droit pénal », *L'Astrée*, n° 6, 1999, p. 16.

(3) La question de savoir si l'extermination massive des Arméniens par la Turquie en 1915 participait ou non d'un projet délibéré continue de faire l'objet de discussions parmi les historiens (voy. ainsi les réactions consécutives à l'élection au Collège de France de Gilles Veinstein qui estime que la preuve de l'existence d'un tel projet n'a pas encore été rapportée avec une netteté suffisante, *Le Monde*, 27 janvier 1999, p. 9).

(4) L'Assemblée nationale a adopté à l'unanimité, le 27 mai 1998, une proposition du groupe socialiste énonçant que « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 ». Pour éviter de heurter les autorités turques, le gouvernement n'a pas inscrit ce texte à l'ordre du jour du Sénat... qui a cependant adopté un texte identique le 7 novembre 2000, ouvrant ainsi la voie à l'adoption de la loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.

(5) La rédaction de cette disposition a obligé les tribunaux à préciser qu'à l'inverse des lois et décrets, les décisions de justice sont opposables en dépit de leur absence de publication au *Journal officiel* (Cass. crim. 23 février 1993, *Bull. crim.* n° 86 et 20 décembre 1994, *Bull. crim.* n° 424).

(6) *J.O. débats, Sénat*, séance du 11 juin 1990, p. 1446.

renforcer la répression des propos racistes, dont le négationnisme est une variété.

Pour des raisons politiques évidentes — en l'absence d'une représentation parlementaire permettant à la droite extrémiste de saisir le Conseil constitutionnel, aucune formation politique ne pouvait prendre le risque d'apparaître hostile à l'inspiration du texte — la loi de 1990 ne fut pas soumise à un contrôle de constitutionnalité qui, en France, ne peut s'exercer qu'avant la promulgation du texte adopté par le Parlement. La question de sa conformité aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 consacrant la liberté de communication n'a donc pu être tranchée par le juge de la constitutionnalité des lois, seul habilité à le faire. En revanche, celle de la compatibilité de la loi Gayssot avec les stipulations des conventions internationales relatives aux droits de l'homme liant la France a été résolue positivement, tant par les juridictions internes ⁽⁷⁾ que par les instances internationales chargées de veiller au respect par les Etats de leurs obligations conventionnelles ⁽⁸⁾. Au-delà de ces débats juridiques, la loi de 1990 pose la question de savoir dans quelle mesure il est légitime d'interdire l'expression de certaines idées dans une société qui repose sur le postulat selon lequel la vérité naît de la libre confrontation des opinions, de sorte qu'il convient de laisser se manifester toutes les tendances, même outrancières, malhonnêtes et erronées. Faut-il alors sacrifier cette conception libérale — « Toute loi qui opprime un discours est insuffisamment fondée » écrivait Roland Barthes ⁽⁹⁾ — à la réaction de rejet que suscitent les thèses négationnistes ? La question ici examinée constitue à l'évidence un cas-limite, qui expose le libéral à choisir entre une conception absolutiste de la liberté d'expression (celle à laquelle il vient d'être fait allusion) et l'admission de limitations dont il reste de surcroît à s'assurer qu'elles n'ouvrent pas la porte à de dangereuses dérives (celle du « politically correct » n'étant pas la moindre). L'application faite par les tribunaux de la loi Gayssot nous paraît intéressante — et, disons-le d'emblée, rassurante — à cet égard.

(7) Cass. crim. 23 février 1993 et 20 décembre 1994, précités.

(8) Pour la Convention européenne des droits de l'homme : décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 24 juin 1996, *Pierre Marais c. France*, D.R. 86, p. 184. Pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : constatations du Comité des droits de l'homme n° 550/1993 du 8 novembre 1996, *Faurisson c. France*, *Revue universelle des droits de l'homme* 1997, p. 46.

(9) *Roland Barthes par Roland Barthes*, Seuil, coll. Ecrivains de toujours, 1975, p. 36.

1. La question de principe oblige d'abord à se demander si la conception absolutiste de la liberté d'expression est soutenable. La réponse est sans doute négative, comme en témoigne le fait que même aux Etats-Unis d'Amérique, pays dans lequel cet idéal trouve certainement son écho le plus net, certaines limitations à la liberté d'expression ont été admises. Confronter l'incrimination du négationnisme aux standards américains nous paraît alors intéressant, dans la mesure où il s'agit de l'épreuve la plus difficile qu'elle puisse affronter. On sait en effet que la jurisprudence de la Cour suprême a interprété le 1^{er} amendement à la Constitution comme conduisant à refuser l'incrimination du fait de brûler le drapeau⁽¹⁰⁾ ou l'interdiction des théories politiques soutenant la violence ou la violation du droit, en l'absence de provocation directe⁽¹¹⁾. La parole, dit la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, ne cesse pas d'être constitutionnellement protégée pour la seule raison qu'elle peut gêner d'autres personnes ou que la société peut la trouver offensante⁽¹²⁾. Dans cette logique, les propos racistes ou la manifestation de sympathies avec le nazisme ne tombent pas sous le coup de la loi aux Etats-Unis. Le fondement de cette conception est rationaliste comme l'attestent ces propos de Jefferson : « S'il en est parmi nous qui souhaitent dissoudre cette fédération [les Etats-Unis] ou réviser sa forme républicaine, qu'on les laisse s'exprimer. Ils seront les emblèmes de la tolérance dont peut bénéficier une opinion erronée, là où la raison est libre de la combattre »⁽¹³⁾.

Pourtant les restrictions à la liberté d'expression sont inévitables. Le juge Holmes l'a fortement exprimé en ces termes : « La plus rigoureuse protection de la liberté d'expression ne protégerait pas l'individu qui crierait sciemment à tort 'Au feu' dans un théâtre et provoquerait une panique (...). La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent ce danger manifeste et pressant de nature à engen-

(10) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, P.U.F., coll. Droit fondamental, p. 1107 et pour une loi fédérale : *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

(11) *Communist Party of Indiana v. Whitcomb*, 414 U.S. 441 (1974). Cité in Elisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1999, p. 563.

(12) *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988). Cité par Robert C. Post, « The Constitutional Concept of Public Discourse : Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell* », in *Constitutional Domains*, Harvard University Press, 1995, p. 126.

(13) Cité par Eric L. McKITTRICK, « Portrait of an Enigma », *The New York Review of Books* vol. XLIV, n° 7, 1997, p. 8.

drer les maux que le Congrès est en droit de prévenir. C'est une question d'urgence et de degré » (14). Tout se résout alors par une série de distinctions qui commandent la mise en œuvre d'un contrôle plus ou moins exigeant exercé par le juge sur les lois restreignant la liberté d'expression. Parce qu'il met en cause des valeurs essentielles au bon fonctionnement de la démocratie, le discours public, par opposition au discours privé, fait l'objet d'une protection maximale, au point de permettre les insultes ou les propos outrageants « en vue de procurer un espace vital suffisant [‘adequate breathing space’] aux libertés protégées par le premier amendement » (15). S'agissant du discours public, une distinction fondamentale oppose les opinions et les faits : une opinion, même outrageante ou destinée à blesser, devra être tolérée, en raison du fait qu'une condamnation ne pourrait, à son tour, procéder que de vues subjectives et qu'elle porterait ainsi une atteinte arbitraire aux droits garantis par le 1^{er} amendement. Au contraire, si le dommage causé est dû à l'allégation fautive d'un fait, procédant d'une intention de nuire évidente, qui consiste dans la connaissance de la fausseté de l'allégation ou dans le mépris le plus total quant à sa véracité ou à sa fausseté (16), il pourra donner lieu à réparation, nonobstant le 1^{er} amendement.

Le discours négationniste nous semble correspondre à ce dernier cas de figure. D'une part, il tient pour inexacte ou non prouvée une réalité historique attestée par les survivants et que les tribunaux, à commencer par celui de Nuremberg, ont établie de manière constante. D'autre part, il ne nie ou déforme la réalité, en tentant de se faire passer pour un discours d'historiens soucieux de rigueur scientifique, que pour innocenter le nazisme et pour accabler les victimes et le peuple juif d'une accusation de mensonge et de falsification. Cette projection, au sens freudien du terme, constitue, on l'a dit en commençant, une continuation de l'entreprise dirigée contre les Juifs. Même si, dans la logique de la conception américaine, on privilégie les vertus d'un affrontement, éventuellement violent (17),

(14) *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 362.

(15) Arrêt *Hustler Magazine v. Falwell*, cité par POST, op. cit., p. 127. Cette théorie procède directement de la nécessité de protéger l'espace public de libre discussion.

(16) Arrêt *Hustler Magazine v. Falwell*.

(17) L'arrêt *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), cité par POST, op. cit., p. 444, le dit nettement : « L'une des fonctions de la liberté d'expression dans notre système politique est d'inviter à la controverse. Elle peut en effet mieux servir son but élevé lorsqu'elle suscite un malaise, provoque un mécontentement vis-à-vis de la

des opinions et si, en conséquence, on refuse de faire tomber les propos racistes sous le coup de la loi ⁽¹⁸⁾, on peut donc admettre l'incrimination du négationnisme ⁽¹⁹⁾, parce qu'il ajoute au « simple » racisme, au dommage causé à autrui, à l'agression qui nie dans l'autre la figure du semblable un élément spécifique : l'allégation de faits erronés faite de mauvaise foi. Ce détour par les Etats-Unis n'a été entrepris que pour essayer de démontrer qu'une législation telle que celle que nous examinons n'est pas incompatible avec la logique ⁽²⁰⁾ du système juridique qui donne à la liberté d'expression sa plus large expansion — une expansion, en tout cas, supérieure à celle qui prévaut en France en application de l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Il faut par ailleurs, au-delà du problème juridique ici posé, s'interroger sur tous les enjeux de la question pour décider de l'admissibilité d'une législation incriminant le négationnisme. On le fera dans l'état d'esprit décrit par Robert Post ⁽²¹⁾ au moment où il aborde le débat sur l'interdiction des propos racistes : « Je veux ajouter que l'écriture de cet article a été difficile et douloureuse. Je suis attaché à la fois au principe de la liberté d'expression et au combat contre

←

situation présente ou même pousse les gens à la colère. Le discours est souvent provocant et contestataire. Il peut s'attaquer aux préjugés et aux idées toutes faites et peut avoir des effets profondément perturbateurs dans la mesure où il exerce une pression dans le but de faire accepter une idée. Voilà pourquoi la liberté d'expression, quoiqu'elle ne soit pas absolue (...) est protégée contre la censure ou la répression, à moins qu'il ne soit démontré qu'elle est susceptible de créer le danger manifeste et pressant d'un dommage grave et réel allant bien au-delà du fait de déranger, d'ennuyer ou d'inquiéter les gens (...) Il n'y a pas place dans notre Constitution pour une conception plus restrictive ».

(18) Voy. sur ce point le chapitre conclusif, « The Racist Speech Problem », du livre de Robert C. Post, *Constitutional Domains*, préc., p. 291. L'auteur examine successivement les arguments employés à l'appui d'une mise hors la loi du discours raciste. Il conclut à chaque fois, très scrupuleusement, que ces arguments sont insuffisants pour autoriser le sacrifice des valeurs essentielles en jeu dans le 1^{er} amendement.

(19) A quelques exceptions près, les arrêts qu'on a cités sont relatifs non à des lois d'incrimination, mais à des décisions de justice. Il ne nous semble cependant pas que le raisonnement soit affecté par cette circonstance : c'est contre les autorités publiques, quelles qu'elles soient, que le discours public est protégé.

(20) Avec sa logique, non avec sa pratique. Comme nous l'a fait remarquer Michel Troper, les juristes américains s'accordent à penser qu'une incrimination du négationnisme serait jugée contraire aux exigences du 1^{er} amendement. Il nous semble cependant qu'une telle position doit plus à un réflexe libéral — que nous serons le dernier à critiquer — qu'à une application au problème du négationnisme des données jurisprudentielles dont nous avons fait état.

(21) *Op. cit.*, p. 293.

le racisme. Le sujet abordé m'a forcé à faire entrer en conflit les deux idéaux, ce que je ne puis faire qu'avec réticence et le cœur lourd ».

L'un des arguments les plus troublants opposés à la loi Gayssot a été qu'elle consacrait une vérité officielle qu'il devenait pénalement punissable de contester, ce qui constituerait une démarche aberrante dans une société libre où l'Etat — spectre de Galilée! — n'a pas à se faire le garant de vérités. Les tenants de cette thèse ajoutent que rien non plus ne justifierait que seule l'entreprise nazie d'extermination des Juifs fit l'objet d'une telle protection étatique : le même traitement devrait être réservé sinon à tout fait historiquement prouvé (en 1827, un certain Jean-Baptiste Pérès publia un ouvrage intitulé « Comme quoi Napoléon n'a jamais existé... », entreprise qu'il paraît vain d'exposer aux foudres du droit pénal), du moins à ceux qui ont été préjudiciables à des peuples entiers, de l'esclavage des Noirs au massacre des Arméniens par les Turcs en 1915. Cette dénonciation de l'instauration d'une vérité d'Etat nous paraît en réalité très superficielle. Elle méconnaît la spécificité, déjà soulignée, de l'entreprise négationniste, qui est de cumuler une allégation factuelle dont le caractère mensonger est certain et l'intention de porter préjudice aux victimes des faits en cause, en une démarche systématique. Comme le fait pertinemment remarquer Michel Troper⁽²²⁾, « La négation du génocide des Arméniens présente des caractères différents. Elle ne s'embarrasse pas d'un lourd appareil critique pseudo-historique et si elle vise bien à disculper les autorités turques, elle ne s'inscrit pas, fort heureusement, dans un mouvement anti-arménien dangereux ». Quant à l'entreprise esclavagiste qui a visé les Africains, elle n'a jamais fait l'objet d'une négation, ce qui rend la question vaine à son propos. Si l'on ajoute que, dans bien des cas, des questions de fait importantes restent à élucider (existence d'un projet délibéré des autorités de la Turquie en 1915), la singularité de l'entreprise qui se présente comme « révisionniste » apparaît. Parler de défense d'une vérité d'Etat quant à sa répression constitue en réalité un simple moyen rhétorique de récuser la légitimité de cette dernière. Lorsque la loi punit les diffamateurs, dès lors qu'ils échouent à faire la preuve de la vérité des faits allégués portant atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes ou groupes de personnes concernés, nul ne songe à stigmatiser la vérité d'Etat dont les tribunaux sont ainsi institués les garants. On rétorquera que la différence réside précisément dans le

(22) « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales*, à paraître.

fait que c'est la loi et non chaque juridiction, compte tenu de la particularité de l'espèce qui lui est soumise, qui décide de la vérité ou de la fausseté des faits allégués ou mis en doute par les négateurs de la *Shoah*. Mais d'une part, la différence est peu significative — d'autant moins qu'avant la loi Gayssot déjà, les tribunaux concluaient unanimement au caractère fautif des écrits négationnistes ⁽²³⁾ et qu'il ne s'en est évidemment jamais trouvé aucun pour admettre ne fût-ce que le doute sur la réalité de l'extermination perpétrée par les nazis. D'autre part, elle se justifie par la réitération de ces allégations dans le cadre d'une entreprise systématique, de sorte que l'intervention du législateur répond à la continuité du dessein qui est celui des négationnistes. S'y ajoute le fait que la loi assure seule la pérennisation de la répression de tels propos, lorsque les victimes directes des camps nazis, et donc de la contestation de leur nature, auront toutes disparu — d'autant qu'il ne faut jamais oublier que les survivants ont toujours proclamé qu'ils entendaient témoigner pour les « *sommersi* », les engloutis, ceux qui ont péri dans les camps ⁽²⁴⁾.

Pour en revenir au droit positif, on relèvera que la jurisprudence internationale a toujours été très ferme pour rejeter les prétentions des négateurs qui se présentaient comme victimes d'une atteinte abusive à la liberté d'expression. Les décisions d'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement opposées à de telles tentatives par la Commission européenne des droits de l'homme, ont été constantes, leur motivation a cependant connu une évolution qui marque à leur égard une sévérité croissante ⁽²⁵⁾. Après avoir relevé que la société démocratique repose « sur les principes de tolérance et de largeur d'esprit qui faisaient manifestement défaut aux brochures » négationnistes exposées par le requérant ⁽²⁶⁾, la Commission exprime une condamnation encore plus énergique : « La Commission estime que les écrits du requérant vont à l'encontre de l'une des valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix, et qu'ils dénotent une dis-

(23) Voy. ainsi T.G.I. Paris 8 juillet 1981, *Dalloz* 1982, p. 59 et C.A. Paris 26 avril 1983 *in* note BÉCOURT, *Semaine juridique*, 1988, II, n° 21083.

(24) Voy. sur cette question les réflexions précitées de Giorgio AGAMBEN.

(25) Voy. P. WACHSMANN, « La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme », *in* J.-F. FLAUSS et M. DE SALVIA (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis*, Nemesis/Bruylant, 1997, p. 101.

(26) Décision du 16 juillet 1982, *X... c. République fédérale d'Allemagne*, D.R. 29, p. 194.

crimination raciale et religieuse »⁽²⁷⁾ et se réfère en outre à l'article 17 de la Convention qui stipule : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention (...) ». L'approche de la Commission a été ratifiée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt, par ailleurs si contestable, *Lehideux et Isorni c. la France* du 23 septembre 1998. Elle revient à subordonner la liberté d'expression au respect d'une morale démocratique au sein de laquelle seule elle prend sens.

Dans une telle conception, ne peuvent prétendre au bénéfice de la liberté d'expression ceux qui en usent d'une manière perverse. Dès lors que la finalité de la liberté d'expression est de favoriser une prise de décision rationnelle propre à sauvegarder la coexistence pacifique des diverses volontés individuelles et des divers groupes existant au sein de la société, des propos inspirés par des pulsions irrationnelles⁽²⁸⁾ et dirigés agressivement contre d'autres participants au débat public sont en contradiction par rapport au système et ne peuvent donc y avoir, au sens littéral du terme, droit de cité. La question des dérives propres à cette appréhension du problème ne peut cependant, selon nous, être éludée. Car il y a ici une nouvelle version de la fameuse phrase de Saint-Just : « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté », dont on sait à quels excès elle a rapidement conduit. La question est de savoir si la création d'un espace public de libre discussion n'implique pas précisément la possibilité, même pour les opinions irrationnelles et agressives, de s'y faire entendre — sans compter la dangereuse question de savoir qui sera juge de la rationalité et de l'acceptabilité des opinions⁽²⁹⁾. Car, après tout, les thèses favorables à l'instauration d'une dictature du prolétariat sont, elles aussi, susceptibles d'une récusation, eu égard aux conséquences qu'elles comportent pour les « bourgeois » et ceux

(27) Décisions du 6 septembre 1995, *Otto E.F.A. Remer c. Allemagne*, D.R. 82, p. 117; 29 novembre 1995, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern c. Allemagne*, D.R., 84, p. 149 et 24 juin 1996, *Pierre Marais c. France*, D.R. 86, p. 184.

(28) Le cas de l'abbé Pierre en est la triste illustration. Après avoir apporté son soutien à l'ouvrage de Roger GARAUDY, *Les Mythes fondateurs de la politique israélienne*, il s'est rétracté... tout en reprenant à son compte certaines thèses des négationnistes (voy. *Libération*, 25 avril 1996, p. 13) : on est ici, à l'évidence, dans le registre de la dénégation.

(29) Comme l'écrit Robert C. POST : « cela présuppose une intimité avec la vérité si forte qu'elle permet de récuser les opinions opposées » (*op. cit.*, p. 316).

qui y sont assimilés, comme l'expérience soviétique l'a malheureusement confirmé. On retrouve ici la conception américaine, dont on rappelle qu'elle conduit à refuser d'incriminer les propos racistes⁽³⁰⁾, à l'inverse de la solution adoptée dans les Etats européens et reprise par la Cour de Strasbourg⁽³¹⁾. Le risque de ce que la Cour suprême des Etats-Unis a appelé une « standardisation des idées, que ce soit par les parlements, les tribunaux ou des groupes dominants »⁽³²⁾ est donc important dans cette approche. Il l'aurait été encore davantage si les instances européennes avaient utilisé l'article 17 de la Convention pour déchoir *de plano* certaines personnes de leur droit à la liberté d'expression, au lieu d'en faire, à juste titre, un simple élément à prendre en compte dans l'exercice du contrôle de proportionnalité pesant sur les mesures restrictives décidées par les Etats⁽³³⁾.

Dans sa décision de 1996, la Commission européenne des droits de l'homme, après avoir relevé que la loi Gayssot visait à « préserver la paix au sein de la population française » et que « les écrits du requérant vont à l'encontre de valeurs fondamentales de la Convention, telles que l'exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix » estime que les juridictions françaises étaient fondées à écarter les offres de preuve du requérant, s'agissant de faits « contraires à une vérité historique notoire, dont l'affirmation, comme telle, est diffamatoire »⁽³⁴⁾. Ce faisant, elle rend compte de la double dimension, relevée ci-dessus, du négationnisme, combinant une allégation factuelle mensongère et un propos antisémite. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, quant à lui, n'a expressément retenu que ce dernier élément. Prenant en compte, au titre du respect des

(30) Voy. Robert C. Post, *op. cit.*

(31) Arrêt du 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark* où la Cour énonce, à propos de déclarations racistes faites par de jeunes marginaux à la télévision : « Nul doute que les remarques qui ont valu leur condamnation aux blousons verts (...) étaient plus qu'insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10 », renvoyant ensuite à la jurisprudence de la Commission, notamment à la décision *X... c. République fédérale d'Allemagne*, précitée.

(32) *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), cité par R. Post, *op. cit.*

(33) D'une manière générale, ce que M. R. DE GOUTTES (« A propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 251) a caractérisé comme négation du conflit entre droit à la liberté d'expression et droit à la protection contre le racisme, par expulsion *a priori* de la sphère publique des propos racistes, nous apparaît comme une démarche risquée. Une mise en balance des deux droits, même si elle conduit à un résultat identique, est préférable, car elle pose au moins le problème et assume mieux la possibilité d'une critique.

(34) Décision *Marais c. France*, précitée.

droits d'autrui, les intérêts « de la communauté dans son ensemble », il relève : « Etant donné que les propos tenus par l'auteur, replacés dans leur contexte intégral, étaient de nature à faire naître ou à attiser des sentiments antisémites, la restriction visait à faire respecter le droit de la communauté juive de ne pas craindre de vivre dans un climat d'antisémitisme. Le Comité conclut par conséquent que la restriction imposée à la liberté d'expression de l'auteur était permise en vertu du paragraphe 3, a) de l'article 19 du Pacte »⁽³⁵⁾. La motivation du Comité est certainement liée au fait que l'article 20, § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques indique formellement que : « Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi », ce qui place clairement le racisme au ban du système des Nations Unies⁽³⁶⁾. Par ailleurs, pour exprimer sa conviction que la restriction mise en cause par le requérant était bien « nécessaire au sens du paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte », le Comité relève « l'absence du moindre argument tendant à infirmer la position de l'Etat partie », ce qui revient implicitement à rejeter l'argumentation du requérant relativement à la réalité des agissements sanctionnés par le Tribunal international de Nuremberg.

Les sanctions pénales édictées par la loi française à l'encontre des négationnistes sont donc déclarées conformes aux engagements internationaux souscrits par la France en matière de droits de l'homme. Cette conclusion procède essentiellement d'une mise en lumière du caractère antisémite de l'entreprise négationniste.

Une dernière question de principe nous retiendra encore : celle de l'opportunité de la loi Gayssot du point de vue même qui est le sien, à savoir la lutte contre le négationnisme. En légiférant, n'apporte-t-on pas de l'eau au moulin des négationnistes, qui ne manqueront pas de prétendre que s'il faut une loi pour imposer comme vérité la réalité des crimes nazis, c'est précisément qu'elle n'est pas établie de manière irrécusable ? Les pulsions racistes, dont le négationnisme est une manifestation, ayant avant tout des origines incons-

(35) Constatations du 8 novembre 1996, *Faurisson c. France*, R.U.D.H., 1997, p. 46 ; chr. G. COHEN-JONATHAN, « Négationnisme et droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, p. 571.

(36) Voy. l'opinion individuelle de RAJSOOMER LALLAH dans l'affaire *Faurisson* (R.U.D.H. 1997, p. 54), estimant que la solution du Comité eût été mieux fondée sur l'article 20, § 2.

cientes⁽³⁷⁾, on peut penser que l'intervention d'une loi spécifique ne peut qu'opérer une relance de ces enjeux inconscients⁽³⁸⁾. En témoigne l'argumentation employée par M. Faurisson devant le Comité des droits de l'homme : invoquant le droit au doute et à la recherche, celui-ci dénonce dans la loi de 1990 le fait qu'elle « entérine une fois pour toutes la version orthodoxe juive de l'histoire de la seconde guerre mondiale » et « met au rang d'une seule et incontestable vérité ce qu'un groupe de personnes, juges d'un tribunal militaire international, ont décrété d'avance comme authentique ». Il met en cause, de surcroît, « le privilège de censure (...) exorbitant » dont bénéficient, selon lui, les représentants de la communauté juive en France⁽³⁹⁾. On reconnaît, en particulier dans ce dernier point, les thèmes classiques de la propagande antisémite où figure invariablement en bonne place la mise au jour d'une prétendue influence occulte des Juifs sur tous les pouvoirs (parlement, gouvernement, tribunaux, presse...).

A la réflexion, ces craintes apparaissent excessives, puisqu'en toute hypothèse, le discours raciste s'empare de n'importe quel élément, qu'il a tôt fait d'intégrer à son système délirant : il tirera argument de l'absence de loi en Espagne et au Royaume-Uni pour soutenir que la loi Gayssot porte atteinte à la libre recherche historique, mais si ces pays venaient à en adopter une à leur tour (c'est d'ailleurs le cas de l'Espagne), il ne manquerait pas d'y dénoncer l'emprise croissante du sionisme international... Même en l'envisageant d'un point de vue utilitariste, la loi incriminant les propos négationnistes peut donc être justifiée, puisqu'elle a le mérite d'indiquer clairement (en dépit d'une rédaction qui aurait pu être plus directe) que le législateur ne les accepte pas. L'application que les juridictions françaises ont, jusqu'ici, faite du texte indique de surcroît une volonté de se cantonner strictement au propos antiraciste dont il procède.

(37) Voy. notamment Sigmund FREUD, *Der Mann Moses und die monotheistische Religion*, 1939 (trad. fr. A. Berman, Gallimard, coll. Idées, 1948) et Daniel SIBONY, *La haine du désir*, Christian Bourgois, 1978.

(38) Dans une étude antérieure (« Les sciences devant la justice », *Autrement*, série Mutations/Sciences en société, n° 145, *Science ou justice? Les savant, l'ordre et la loi*, 1994, p. 149), nous avons estimé que ce fait affaiblissait la portée symbolique de la loi Gayssot par rapport à la jurisprudence antérieure qui condamnait les négationnistes en application du droit commun.

(39) Arguments résumés par le Comité des droits de l'homme, *R.U.D.H.* 1997, p. 46.

2. La première application de la loi Gayssot fut consécutive à la répétition de ses thèses par M. Faurisson, peu de temps après l'entrée en vigueur du texte. Ayant notamment déclaré dans une interview : « J'ai d'excellentes raisons de ne pas croire à cette politique d'extermination des Juifs ou à la magique chambre à gaz », M. Faurisson fut poursuivi en vertu de la loi de 1990. Le tribunal correctionnel de Paris refusa heureusement de faire droit à l'argumentation des parties civiles prétendant interdire au prévenu de présenter une défense qui, inévitablement, constituait la répétition des thèses qu'il soutenait et, par là même de l'infraction qui lui était reprochée. C'est donc dans le respect des droits de la défense que M. Faurisson fit l'objet en première instance d'une condamnation confirmée en appel. Le rejet par la Cour de cassation du pourvoi intenté par le coauteur de M. Faurisson permit à ce dernier de saisir le Comité des droits de l'homme, comme on l'a vu ci-dessus.

D'une manière générale, les juridictions françaises ont veillé, par des motivations circonstanciées ⁽⁴⁰⁾, à donner du texte une interprétation restrictive et conforme aux principes du droit pénal d'un Etat libéral. Ceci prive de toute pertinence le reproche fait par les négationnistes à la loi Gayssot, aux termes duquel le texte entraverait la libre recherche historique sur la seconde guerre mondiale.

C'est ainsi que le tribunal correctionnel de Paris a soigneusement distingué l'assertion selon laquelle le jugement de Nuremberg fut « une mascarade juridique » dont il souligne qu'elle relève d'une critique parfaitement autorisée et celle selon laquelle le tribunal international a admis « sans le prouver » le fait de l'extermination des Juifs et de l'existence des chambres à gaz, qui constitue la contestation incriminée par la loi Gayssot ⁽⁴¹⁾. De même est-il évidemment possible de discuter le nombre des victimes de la *Shoah* ou d'un camp de concentration déterminé, à condition toutefois de ne pas pratiquer une « minoration outrancière de ce nombre », celle-ci caractérisant le délit de contestation de crimes contre l'humanité lorsqu'elle est faite de mauvaise foi ⁽⁴²⁾. L'exigence de la mauvaise foi du prévenu est, précisément, un autre élément qui réintègre la

(40) Ce point est notamment relevé par M. J.-Ph. FELDMAN à la fin de sa chronique, « Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17^e Chambre du Tribunal de grande instance de Paris. Sur trois jugements du 27 février 1998 », *Dalloz*, 1999, chr., p. 8.

(41) T.G.I. Paris, 17^e ch., 22 octobre 1996, *Légipresse* n° 139, 1997, III, p. 26.

(42) Cass. crim. 17 juin 1997, *Bull. crim.* n° 236; *Dalloz* 1998, p. 50, note J.-Ph. FELDMAN (diffusion d'affichettes autocollantes énonçant : « Auschwitz : 125 000 morts »).

loi Gaysot dans l'économie du système pénal français et évite tout risque de voir condamné un chercheur authentique, quand bien même les conclusions auxquelles ce dernier parviendrait remettraient en cause les certitudes acquises. Dans cette perspective, il a également été jugé que la simple relation des thèses révisionnistes n'était pas en elle-même constitutive du délit puni à l'article 24*bis* de la loi sur la presse, dès lors que l'auteur des propos contestés n'a pas lui-même pris parti sur le bien-fondé de ces thèses : c'est seulement pour avoir personnellement affirmé, sans aucune distanciation, que l'extermination des Juifs par les chambres à gaz relève du domaine de la « croyance » et avoir parlé, en son nom propre, du « mythe » de la *Shoah* et des chambres à gaz que le prévenu a été condamné dans l'affaire jugée par le tribunal correctionnel de Paris le 22 octobre 1996 ⁽⁴³⁾.

De cette attitude scrupuleuse témoigne parfaitement l'arrêt confirmant la condamnation de M. Garaudy rendu par la cour d'appel de Paris le 16 décembre 1998 ⁽⁴⁴⁾. Dans son ouvrage intitulé *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*, celui-ci s'employait à nier que la « solution finale » projetée par les nazis comportât un projet d'extermination, relevait qu'« il existe des fours crématoires dans toutes les grandes villes, à Paris (au Père-Lachaise), à Londres, et dans toutes les capitales importantes, et ces incinérations ne signifient pas évidemment une volonté d'exterminer les populations » et contestait l'emploi de chambres à gaz pour l'extermination des Juifs, entre autres affirmations mettant en cause le « lobby juif » et les « sionistes » qui lui vaudront par ailleurs des condamnations pour diffamation raciale et incitation à la haine raciale. La cour d'appel a fermement indiqué qu'« En réalité, dans l'ouvrage poursuivi, il n'est pas conduit un travail d'histoire mais de polémique politique comme on l'a vu à travers les procédés intellectuels mis en œuvre pour défaire toute position contraire aux thèses du prévenu. L'aboutissement n'en est pas, comme il le prétend, une dénonciation du sionisme mais, si l'on suivait M. Garaudy, celle d'une gigantesque escroquerie intellectuelle que serait l'extermination des Juifs par les nazis (...). Ainsi la contestation des crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus fortes de la diffamation raciale contre l'ensemble des Juifs et de provocation à leur haine, et ne relève pas d'un débat sur l'établissement de la vérité historique. Ce travail de 'déconstruction' de l'histoire, pour reprendre une terminologie utilisée par M. Garaudy, dans sa déclaration finale ver-

(43) Jugement précité.

(44) *Légipresse*, n° 159, 1999, III, p. 30.

sée au dossier, est en réalité un travail de déconstruction des valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et notamment contre l'antisémitisme ». La cour, ayant égard à l'autorité intellectuelle prêtée à M. Garaudy et aux « nombreux ravages » que l'ouvrage cause et causera « dans la pensée publique nationale et internationale », ajoute une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis à la peine d'amende prononcée par les premiers juges. C'est au terme d'un raisonnement rigoureux que la cour parvient donc, en ne s'écartant jamais du cadre strict de la loi, à montrer ce qu'ont d'inacceptables les thèses de M. Garaudy, par-delà des apparences de respectabilité intellectuelle que celui-ci avait tenté de sauvegarder.

L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 énonce : « 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 ». En incriminant le négationnisme et en en confiant la répression aux tribunaux, la loi Gayssot n'a fait que déterminer un cas où il était flagrant qu'on abusait de la liberté au détriment des victimes du nazisme et de leurs descendants, mais aussi de la vérité. Comme l'écrivait Ian Buruma : « La crainte de Primo Levi n'était pas que les générations à venir ne partageraient pas sa souffrance, mais qu'elles ne reconnaîtraient pas la vérité »⁽⁴⁵⁾.

Patrick WACHSMANN
*Professeur à l'Université
 Robert Schuman de Strasbourg,
 Directeur de l'Institut de Recherches
 Carré de Malberg (I.R.C.M.)*



(45) « The Joys and Perils of Victimhood », *The New York Review of Books*, Vol. XLVI, n° 6, 1999, p. 4.