

## FAUT-IL INCRIMINER LES DISCOURS DE HAINE ? LE CAS FRANÇAIS

*Patrick WACHSMANN*

Abordant le débat sur l'incrimination éventuelle du discours raciste aux États-Unis, Robert C. Post écrit : « I am committed both to principles of freedom of expression and to the fight against racism. The topic under consideration has forced me to set one aspiration against the other, which I can do only with reluctance and a heavy heart. »<sup>1</sup>. Pour en arriver à des solutions opposées aux siennes, on n'en a pas moins, une fois de plus, trouvé « difficult and painful »<sup>2</sup> l'exercice consistant à essayer de justifier que des discours de haine doivent faire l'objet d'une mise au ban de l'espace public de libre discussion.

Il est clair que l'essentiel de la discussion sur le *hate speech* a trait à l'incrimination pénale du discours raciste, en l'ensemble de ses variantes. En effet, la possibilité de considérer comme une infraction pénale l'incitation au soulèvement armé contre les institutions, pour quelque motif que ce soit, ou la constitution de groupes armés auxquels serait désigné quelque adversaire que ce soit ne suscite que peu de discussions. La même remarque vaut pour la provocation au meurtre d'une personne ou la diffamation ou l'injure entachée d'une violence toute particulière.

Le discours raciste, en tant qu'il constitue un groupe humain comme séparé du reste de la population et le stigmatise comme inférieur, menaçant ou dangereux, doit-il bénéficier, comme tout discours, de la liberté d'expression qui commande une abstention radicale des autorités ? La réponse américaine est clairement positive, parce que le risque d'une expulsion d'un discours en raison de son contenu est jugé excessif. Les divers préjugés occasionnés par le discours raciste, le dégoût qu'il suscite, sa prétention à justifier que le groupe qu'il entend stigmatiser soit exclu de la société, tout cela ne pèse pas face au refus intransigeant de permettre à la puissance publique de faire le tri entre les discours acceptables et ceux qui ne le sont pas. Cette position a sa noblesse. Elle fait le pari de la raison, qui est le postulat sur lequel repose la liberté d'expression propre à une société « ouverte », au sens de Karl Popper : c'est à la raison seule qu'il revient de faire le tri entre les idées justes et les idées fausses et les pouvoirs publics n'ont pas à interférer dans l'exercice de ces choix par la collectivité des citoyens. Elle accepte, partant, comme des inconvénients inévitables que les victimes de ce discours puissent ressentir des sentiments d'injustice, d'humiliation, de peur, de même que la violence et l'irrationalité ainsi introduites dans l'espace public de libre discussion. L'opinion du juge Harlan dans l'arrêt *Cohen v. California* de la Cour suprême des États-Unis assume clairement ce risque : « To many, the immediate consequence of this freedom may often appear to be only verbal tumult, discord, and even offensive utterance. These are, however, within established limits, in truth necessary side effects of the broader enduring values which the process of open debate permits us to achieve. That the air may at times seemed filled with verbal cacophony is, in this sense not a sign of weakness but of strength. »<sup>3</sup>.

La conception européenne ne va pas aussi loin. Même si la Cour européenne des droits de l'homme puise son inspiration dans la jurisprudence américaine sur le *free speech*, elle n'a jamais accepté de donner droit de cité au discours raciste – l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994 indique sobrement : « La Cour - elle le précise d'emblée - se rend pleinement compte qu'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et

---

<sup>1</sup> Robert C. Post, *Constitutional Domains*, Harvard University Press, 1995, p. 293.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> 403 U.S. 15, 23, 24-25, cité par Post, *op. cit.*, p. 314.

manifestations. » Sans empiéter sur l'exposé consacré à cette question, on rappellera aussi que l'arrêt *Féret c. Belgique* du 16 juillet 2009 conclut à l'absence de violation de l'article 10, s'agissant de la condamnation d'un homme politique en raison de la distribution de tracts hostiles aux immigrés au cours d'une campagne électorale. L'incitation à l'exclusion des étrangers, souligne la Cour, constitue une atteinte fondamentale aux droits des personnes, attise la haine et l'intolérance au détriment des arguments raisonnables, risque de susciter dans le public des réactions incompatibles avec un climat social serein et de saper la confiance dans les institutions démocratiques.

La différence radicale sur ce point entre les approches américaine et européenne tient sans doute au fait que les conséquences du discours raciste ont été tragiquement déployées sur le sol européen : elles culminent dans la Shoah, l'extermination parachevant la stigmatisation, l'exclusion, l'humiliation et les sévices divers.

L'argument qui tiendrait cette différence historique pour purement contingente et, partant, comme une donnée à éliminer du débat nous paraît inacceptable : on n'est jamais irrecevable, en matière de libertés publiques, à invoquer les données de l'expérience. L'adoption d'une démarche pragmatique en matière de liberté d'expression est, au demeurant, pleinement conforme au projet des philosophes utilitaristes qui ont milité pour sa consécration. John Stuart Mill écrit ainsi au chapitre 3 de *On Liberty* : « An opinion that corn-dealers are starvers, or that private property is robbery, ought to be unmolested when simply circulated through the press, but may justly incur punishment when delivered orally to an excited mob assembled before the house of a corn-dealer, or when handed about among the same mob in the form of a placard »<sup>4</sup> - rappelons aussi, de l'autre côté de l'Atlantique, le célèbre *dissent* de Holmes : « The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater and causing a panic »<sup>5</sup>, lui aussi marqué du sceau d'un pragmatisme assumé.

On le sait, le droit français a tardé à incriminer le discours raciste. Le célèbre décret-loi Marchandeu du 21 avril 1939 s'inscrivait dans une perspective marquée par la lutte contre la propagande ennemie, plus que par une réaffirmation solennelle des valeurs de la République. Son abrogation par Vichy (dont les responsables seraient tombés sous le coup de ses dispositions) entraîna sa remise en vigueur à la Libération, sans que l'on se souciât d'une réflexion approfondie sur la question. Ce fut la perspective d'une ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 21 décembre 1965 qui la suscita – encore est-il très emphatique de parler ici de réflexion. On remarquera que, comme souvent, le législateur français se soucia d'accorder *a minima* le contenu du droit français aux exigences du traité qu'il était cependant de bon ton de ratifier. L'article 4 de celui-ci fait un devoir aux États parties de lutter activement contre les idées ou théories racistes et notamment (lettre *a*) de « déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement ». Le droit français est resté très en deçà de ces obligations. La loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme (dite « loi Pleven ») se contente en effet d'incriminer spécialement la diffamation ou l'injure commise « envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » et d'indiquer : « Ceux qui [...] auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une

---

<sup>4</sup> Cité par Richard Stone, *Textbook on Civil Liberties & Human Rights*, 8<sup>e</sup> éd. Oxford University Press, 2010, p. 314.

<sup>5</sup> *Schenk v. United States* 249 U.S. 47 (1919), in Élisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, p. 359.

ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement. » La démonstration de l'existence d'une provocation, on le sait, n'est guère aisée, la jurisprudence exigeant que le propos incriminé tende « tant par son sens que par sa portée » à « inciter le public à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes déterminées »<sup>6</sup>, ce qui suppose, en particulier, que le discours tenu s'adresse à au moins un tiers et qu'il puisse passer pour tendant à susciter, de sa part, un passage à l'acte. Cette dernière condition entraîne, en particulier, la relaxe de l'auteur d'une profession de foi raciste, analysée comme la simple manifestation d'une « préférence pour les idéologies refusant le mélange des races », en l'absence d'une « incitation manifeste » du lecteur à commettre l'un des actes incriminés par la loi<sup>7</sup>. Les tribunaux ne manquent pas d'insister sur la nécessité de ne pas entraver la libre discussion sur « la question d'intérêt public relative aux difficultés d'intégration » de certaines communautés<sup>8</sup>. Cette attention des juges pour la liberté d'expression convaincrat davantage si elle était générale – on se contentera de faire observer que lorsqu'ils multipliaient les exigences pour admettre la bonne foi en matière de diffamation, par exemple, les magistrats avaient fréquemment tendance à la négliger.

Mais il serait trop facile de s'en tenir à cette constatation pour en conclure à l'innocuité des infractions ici évoquées (de même, l'argument selon lequel le racisme n'est pas une opinion, mais un délit nous paraît extrêmement dangereux, du fait qu'il refuse même de poser la question ici posée, en la déclarant *a priori* déjà résolue en amont de la discussion elle-même). D'abord parce que la question de principe que soulèvent les incriminations étudiées – dont la précision de la rédaction doit être soulignée - reste entière. Ensuite, parce que certaines décisions retiennent des qualifications plus offensives à l'encontre d'opinions racistes, n'hésitant pas à restituer aux propos tenus leur véritable dimension. C'est, par exemple, le cas lorsque la Cour de cassation<sup>9</sup> rejette le pourvoi intenté à l'encontre de l'arrêt ayant condamné le directeur de *Rivarol* à la suite d'un « commentaire » des propos soulignant l'utilité de la présence d'immigrés en France tenus par le président Mitterrand à Alger relatant, à leur suite, une série de faits divers impliquant des personnes d'origine africaine. La cour d'appel avait estimé que cet article était « de nature à susciter immédiatement chez le lecteur [...] des réactions de rejet, voire de haine et de violence », proposition qui n'est ni plus ni moins discutable que celles, précédemment citées, concluant à l'inexistence d'une provocation. Il en va de même de la condamnation d'un professionnel des médias qui avait prétendu justifier les contrôles policiers « au faciès » en disant « La plupart des trafiquants sont noirs et arabes, c'est comme ça, c'est un fait »<sup>10</sup>. Pour punir les auteurs de propos tentant de faire passer les opinions racistes comme des évidences que la plupart partageraient mais que seuls certains oseraient exprimer, comme ceux exploitant ou suscitant un effet de connivence avec un public de sympathisants, il faut incontestablement supposer remplie la condition d'une provocation, en prenant quelque liberté par rapport à l'interprétation stricte de la loi pénale. La condamnation, au civil, de Jean-Marie Le Pen par le tribunal d'instance d'Aubervilliers<sup>11</sup>, le 11 mars 1986, témoigne également de cette difficulté. Lors d'une réunion de son parti, M. Le Pen avait dédié l'accueil enthousiaste que lui avaient réservé les militants à quatre journalistes dont il avait cité les noms : le tribunal note que « s'agissant d'un discours tenu dans un lieu public, visant quatre personnes choisies pour leur appartenance à la communauté juive, et qui provoqua dans le public des cris et des huées révélateurs de haine », on se trouvait devant « une invitation à exclure ces quatre personnes de France constituant une provocation à la

---

<sup>6</sup> Cass. crim., 29 janvier 2008, *Légipresse*, 2008, III, 134, note Emmanuel Dreyer.

<sup>7</sup> TGI Paris, 28 septembre 1995, *Légipresse*, 1989, III, 102.

<sup>8</sup> Cass. crim., 7 juin 2011, *Légipresse*, 2011, III, 550, note Nicolas Verly : refus de condamner une personne qui affirmait l'impossibilité d'intégrer les Roms dans la société française en raison de leur propension à la délinquance.

<sup>9</sup> Cass. crim., 21 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 210.

<sup>10</sup> TGI Paris, 18 février 2011, *Légipresse*, 2011, III, 240, note Emmanuel Derieux.

<sup>11</sup> Rapporté par *Le Monde* du 13 mars 1986.

discrimination raciale ». Cette décision entreprend de condamner le racisme non point par dénotation, mais par simple connotation : se gardant de tout propos directement raciste dans l'espoir d'échapper à l'application de la loi pénale, l'orateur avait ici procédé par allusion, aisément décodée par un public complaisant. On se situe, dans ces hypothèses, dans une zone grise, que comportent inéluctablement toutes les infractions pénales : le juge se retrouve souvent face au choix de faire bénéficier le prévenu de l'interprétation stricte de la loi pénale, au risque d'impunités choquantes au regard des objectifs visés par le législateur, ou de la répression, fût-ce en prenant quelque liberté avec les principes de la répression pénale<sup>12</sup>. Il faut d'ailleurs remarquer que le choix du législateur français, depuis 1972, a été d'aggraver les peines encourues, mais pas d'élargir les incriminations, sauf à étendre, comme on le verra dans un instant, les facteurs de discrimination pris en compte.

En toute hypothèse, la mise en œuvre du principe de proportionnalité comme l'opération de qualification juridique des faits en général<sup>13</sup> comportent tout ensemble la garantie et le risque de la prise en compte par le juge de l'ensemble des circonstances de l'espèce. On se limitera à un seul exemple. La loi du 30 décembre 2004 assimile la provocation à la haine ou à la violence, ainsi que la diffamation ou l'injure à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes « à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap » à ces infractions lorsqu'elles sont entachées d'une inspiration raciste. Un député avait été condamné pour avoir déclaré qu'à ses yeux, l'homosexualité était inférieure à l'hétérosexualité. L'arrêt le condamnant pour injure envers un groupe de personnes à raison de leur orientation sexuelle fut cassé au motif que « les propos litigieux, qui avaient été tenus dans la suite des débats et du vote de la loi du 30 décembre 2004, ont pu heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles, leur contenu ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression », rappel ayant été fait auparavant que « les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation stricte »<sup>14</sup>. Le moment où les propos sont tenus (le député tentait d'expliquer le sens de son vote à propos des dispositions en application desquelles il fut condamné), les nuances qu'ils comportaient (« je n'ai pas dit que l'homosexualité était dangereuse, j'ai dit qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité ») sont dûment pris en compte par la Cour de cassation, qui indique aussi, à juste titre, que le point de vue des victimes ne saurait être déterminant, même s'il constitue, lui aussi, un des éléments du débat judiciaire. La volonté de faire droit aux exigences du débat public par-delà les incriminations retenues par le législateur constitue également un élément essentiel dans une société démocratique.

La plupart des observations qui précèdent valent, nous semble-t-il, pour l'incrimination, par un texte spécifique – la loi du 13 juillet 1990, dite « loi Gayssot » - du négationnisme, soit de la négation de la réalité du génocide perpétré par les nazis contre le peuple juif ou de sa minimisation outrancière<sup>15</sup>. C'est la singularité du phénomène qui nous semble justifier son traitement spécial. Le négationnisme se caractérise en effet par son caractère antisémite (c'est pour inciter à la haine contre les Juifs qu'il s'attaque à un fait historique aussi abondamment avéré et documenté) et se situe ainsi dans le droit fil du projet d'extermination<sup>16</sup> arrêté lors la

---

<sup>12</sup> Ce dilemme n'épargne pas le juge international des droits de l'homme, ultime garant de ces principes, comme l'illustre, entre autres, l'arrêt *Féret*, évoqué plus haut, et, sur un plan plus général, les difficultés d'une application uniforme de l'article 7 de la Convention (v. Patrick Wachsmann, « L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme peut-il profiter aux scélérats ? », *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Anthémis, 2014, p. 775.

<sup>13</sup> On renvoie sur ce point notamment au n° 18 de la revue *Droits*, 1994 et en particulier à l'« Ouverture : la qualification ou la vérité du droit » (p. 3) par Olivier Cayla.

<sup>14</sup> Cass. crim., 12 novembre 2008, *Bull. crim.*, n° 229 ; *Légipresse*, 2009, III, 12, note Geneviève Tillement.

<sup>15</sup> Sur la question, v. Thomas Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression (Étude de droit comparé)*, Pedone, 2013.

<sup>16</sup> « 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

conférence de Wannsee et mis en œuvre d'une manière systématique à une large échelle par divers procédés culminant dans l'horreur d'Auschwitz. La Cour européenne des droits de l'homme, reprenant une jurisprudence élaborée par la Commission européenne des droits de l'homme<sup>17</sup>, a justement retracé les enjeux de ce débat dans sa décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, en énonçant : « il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.

La Cour considère que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que les exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix. Elle considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. De telles fins, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention. » Le propos est parfaitement net, ce qui rend peu explicable le caractère très sommaire de la motivation des arrêts de la Cour de cassation refusant d'admettre le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'encontre de la loi Gayssot, sur le fondement de la libre communication des pensées et des opinions consacrée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>18</sup>.

Il faut souligner que la jurisprudence à laquelle ce texte a donné lieu jusqu'ici ne révèle pas de réelle difficulté à distinguer le travail des historiens authentiques et les écrits dont l'auteur feint de pratiquer le doute scientifique sans pourtant respecter aucune des démarches qu'il implique. C'est l'intention raciste qui constitue le critère déterminant<sup>19</sup>, le doute sur son existence entraînant la

---

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 » : Ces paroles d'un SS sont rapportées par Primo Levi au seuil de son dernier ouvrage, *I sommersi e i salvati*, traduit en français par André Maugé, *Les naufragés et les rescapés*, Gallimard, 1989, p. 11 (cité par Giorgio Agamben, *Ce qui reste d'Auschwitz*, traduit par Pierre Alferi, Bibliothèque Rivages, 1999, p. 206).

<sup>17</sup> V. Patrick Wachsmann, « La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme » In *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis* (J.-F. Flauss et M. de Salvia, éd.), Bruylant, 1997, p. 101-112.

<sup>18</sup> Cass. crim., 7 mai 2010, n° 09-80774 et 5 décembre 2012, n° 12-86382. Le premier arrêt indique « que la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de 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 militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des 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, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion », ce qui est répondu par des arguments concernant exclusivement la qualité de la loi à un argument qui visait aussi la liberté d'expression dans sa substance, tandis que le second se borne à faire valoir que « l'atteinte portée à la liberté d'expression par une telle incrimination apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur : la lutte contre le racisme et l'antisémitisme ainsi que la protection de l'ordre public », ce qui est procédé par pure affirmation.

<sup>19</sup> V. Jean-Philippe Feldman, « Le délit de contestation des crimes contre l'humanité et la 17<sup>e</sup> chambre du Tribunal de grande instance de Paris. Sur trois jugements du 27 janvier 1998 », *D.*, 1999, chron., 8. Également l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 décembre 1998, *Légipresse*, 1999, III, 30.

relaxe du prévenu<sup>20</sup>. Alors que nous avons d'abord soutenu que le droit commun (l'article 1382 du code civil) devait être privilégié à l'encontre des négationnistes, pour ne pas leur offrir l'argument de la persécution au nom d'une vérité officielle<sup>21</sup>, la persistance et la gravité du phénomène nous ont conduit à penser qu'il était préférable qu'une intervention du législateur vienne marquer solennellement la réprobation du corps social à l'encontre de cette tentative<sup>22</sup>. Cela suppose que soit maintenu le caractère exceptionnel, et même sans doute unique, de telles interventions législatives, à la mesure de la singularité de la Shoah et de sa négation par certains. La question du génocide perpétré par les autorités turques contre le peuple arménien nous paraît, à plusieurs égards, différente. Non parce que, comme l'a dit le Conseil constitutionnel d'une manière particulièrement obscure, dans sa décision du 28 février 2012<sup>23</sup> « en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication », mais parce que la contestation du génocide arménien, qui était en réalité visée, est d'une nature différente. L'existence de massacres à une échelle terrifiante et la haine des autorités turques de l'époque envers les Arméniens ne laissent place à aucun doute, en revanche, l'existence même d'un projet d'extermination systématique des Arméniens en tant que peuple reste débattue parmi les historiens. Ce point est spécialement relevé par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt de chambre *Perinçek c. Suisse* du 17 décembre 2013 – l'affaire est en cours de réexamen en Grande chambre. Par ailleurs et surtout, la négation de ce génocide par les responsables actuels de la Turquie se rapporte au passé et témoigne d'un déni de sa propre histoire, mais ne s'accompagne, fort heureusement, d'aucune volonté discriminatoire à l'encontre des Arméniens actuels. Ces éléments différencient radicalement les deux entreprises visant à contester le génocide. Il en irait de même, par exemple, d'une hypothétique négation de l'existence du génocide perpétré en 1994 au Rwanda contre les Tutsis : l'existence du projet génocidaire, cette fois-ci, est constante, mais il faudrait une volonté actuelle de discriminer les Tutsis survivants pour que la situation soit semblable à celle du négationnisme visant le peuple juif.

L'argument pris, à l'encontre de la loi incriminant le négationnisme, de l'instauration par le législateur d'une vérité historique, au mépris de ce que devrait être son office, ne nous paraît pas davantage fondé. Dès lors que l'infraction de diffamation, qui se définit par l'atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée à partir de l'allégation ou de l'imputation de faits précis, permet au prévenu d'échapper à la condamnation s'il démontre la vérité des faits allégués<sup>24</sup> – « l'expression publique de la vérité est toujours légitime, de quelque imprudence ou animosité qu'elle soit accompagnée », énonce un jugement du 21 mai 2007<sup>25</sup> - le débat sur la vérité des faits allégués est introduit dans la limitation de l'exercice de la liberté d'expression et revient à intégrer, si la nature des allégations litigieuses l'exige, des données ressortissant à l'histoire. Le fait qu'en l'occurrence la vérité qu'il est interdit de mettre en doute soit dite par le législateur et non par le juge nous paraît très secondaire. L'article 11 de la Déclaration de 1789 charge bien la loi de déterminer les cas d'abus de la liberté d'expression, tandis que l'article 34 de la Constitution du 4

---

<sup>20</sup> V. ainsi, en présence d'« énonciations contradictoires » de la part de la personne poursuivie, Cass. crim., 23 juin 2009, *Bull. crim.*, n° 132.

<sup>21</sup> V. Patrick Wachsmann, « Les sciences devant la justice », *In* : « Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi. » *Autrement*, série Mutations/sciences en société, n° 145, mai 1994, p. 149.

<sup>22</sup> V. Patrick Wachsmann, « Liberté d'expression et négationnisme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° spécial, *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, 2011, p. 585.

<sup>23</sup> On renvoie notamment, sur cette décision, aux remarques critiques de Thomas Hochmann (« La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil constitutionnel) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, n° 4, 2012, p. 133. L'auteur résume ainsi son analyse : « le Conseil a rendu une décision au contenu très limité et affecté d'une contradiction majeure ».

<sup>24</sup> Rappelons que suite aux décisions du Conseil constitutionnel du 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC et du 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC, seul le cas où l'imputation concerne – encore faut-il que ce soit exclusivement – la vie privée de la personne visée interdit de rapporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires.

<sup>25</sup> TGI Paris, 21 mai 2007, *Légipresse*, 2007, III, 227, note L. François.

octobre 1958 confirme la compétence du législateur pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et pour déterminer les crimes et délits. Par ailleurs, la persistance de l'entreprise négationniste, sa continuité par rapport à la perpétration même du génocide justifient l'intervention – dont on notera d'ailleurs qu'elle se fait à une très large majorité – du législateur.

Quoi qu'il en soit des détails de la réglementation juridique visant les discours de haine – on n'en a évoqué que des aspects particuliers – la question de leur opportunité demeure posée. L'arbitrage évoqué au seuil de ce propos entre un retrait des autorités publiques quand il s'agit de juger du contenu des discours et la nécessité de protéger des individus et des groupes contre des atteintes injustes et dommageables reste par essence périlleux. Comme le relevait Léo Hamon lorsque le Conseil constitutionnel évoquait une « conciliation » à opérer entre des données contradictoires (les libertés et l'ordre public), on ne concilie rien du tout, on détermine des sacrifices que l'on estime justes. Du point de vue de la volonté générale, on remarquera que l'atteinte au lien social que réalise tout discours de haine est importante. La haine ne disparaîtra pas : la loi est sans effet mesurable sur l'existence même des pulsions. Mais le but de la loi n'est pas de corriger les mœurs, il est d'aménager une sociabilité acceptable. À cet égard, il ne paraît pas négligeable que l'effet de la loi soit de conduire à une édulcoration des discours de haine. Faire baisser la violence des propos tenus n'est pas, à notre sens, un résultat négligeable dans une société civilisée – et qui, de ce fait, s'en trouvera précisément plus civilisée. Euphémiser la violence constitue, pour le législateur d'une société ouverte, un objectif honorable. « La pure violence verbale est symptôme de criminalité », dit Emmanuel Levinas<sup>26</sup>. Refuser absolument d'incriminer cette criminalité-là reviendrait à fétichiser la liberté d'expression d'une manière qui nous paraîtrait injustifiable, parce qu'elle méconnaîtrait le fait que les plus radicaux défenseurs de cette liberté ne l'ont jamais pensée comme insusceptible de limitation. L'article 11 de la Déclaration de 1789 comme l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme en portent témoignage, parmi beaucoup d'autres.

Laisser à la seule raison de la majorité des citoyens le soin de décider de ces questions comme de toute autre est certes un idéal désirable, reposant sur les principes que le juge Brandeis, dans son opinion concurrente sous l'arrêt *Whitney v. California*<sup>27</sup>, imputait en ces termes aux auteurs de la Constitution : « that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination ; that fear breeds repression ; that repression breeds hate ». Prétendre combattre la haine, serait-ce produire de la haine, en une logique renouvelée du sinistre « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » de Saint-Just ? Cet idéal se heurte, hélas, aux leçons de l'histoire de l'Europe continentale (il n'est sans doute pas fortuit que le clivage entre États incriminant la haine raciste et États s'y refusant soit territorial<sup>28</sup>). Dira-t-on que le remède législatif est inefficace et qu'il ne fera que relancer les

---

<sup>26</sup> *Du sacré au saint. Cinq nouvelles lectures talmudiques*, Les Éditions de Minuit, coll. « Critique », 1977, p. 50.

<sup>27</sup> 274 U.S. 357 (1927) 375, cité par le juge Nariman dans l'arrêt de la Cour suprême de l'Inde du 27 mars 2015, *Shreya Singhal v. Union of India*.

<sup>28</sup> Le vingtième siècle a fait la preuve, sur le continent européen, de « la haute vraisemblance d'une conséquence imminente », pour reprendre les termes par lesquels Thomas Hochmann (*Le négationnisme...*, *op. cit.*) caractérise les conditions requises par la jurisprudence américaine pour permettre une restriction d'une expression rentrant dans le champ du Premier amendement, liée au discours de haine. Cette amère expérience dispenserait de la vérification dans chaque espèce de cette vraisemblance, requise aux États-Unis aux termes de la synthèse du même auteur.

Les ordonnances *Diendonné* rendues par le juge des référés du Conseil d'État les 9, 10 et 11 janvier 2014 opèrent, quant à elles, cette vérification au cas par cas, dans le cadre du contrôle d'une mesure administrative *a priori*, en principe incompatible avec la liberté d'expression. La multiplication des éléments propres à l'espèce (réitération, lors de chaque spectacle, des infractions ayant déjà donné lieu à des condamnations pénales, risques sérieux de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine) permet d'espérer que cette jurisprudence, intervenue sur le terrain du référé-liberté, c'est-à-dire constatant l'inexistence d'une illégalité *manifeste*, restera, elle aussi, exceptionnelle.

enjeux inconscients du discours qu'il prétend combattre, donner corps à l'argument pervers selon lequel l'intervention du législateur, c'est-à-dire d'une majorité politique, est précisément l'indice que l'on cherche à étouffer une vérité ? Un tel débat nous paraît vain, parce que le propre du discours pervers est de toujours trouver un aliment dans la réaction, quelle qu'elle soit, de ses adversaires. Il faut précisément s'efforcer de penser la question qui nous occupe sans entrer dans ce piège, c'est-à-dire en restant – on s'y est essayé - sur le seul terrain des principes.