

Membre de l'université Paris Lumières  
École doctorale 141 : Droit et science politique  
Centre de Théorie et Analyse du Droit

## Valeria Fiorillo

# Négationnisme. Phénoménologie et réglementation juridique

Thèse présentée et soutenue publiquement le 26/09/2022

en vue de l'obtention du doctorat de **Droit public** de l'Université Paris Nanterre  
sous la direction de M. Alessandro Tesauro (Università di Palermo), de Mme Stéphanie  
Hennette-Vauchez (codirecteur·trice) et de M. Giorgio Pino (Università di Roma Tre)

**Jury** \* :

Rapporteur·e :	M.me Camille Broyelle	PR, Université Paris-Panthéon-Assas
Rapporteur·e :	M. Corrado Caruso	PR, Università di Bologna
Membre du jury :	M.me Stéphanie Hennette- Vauchez	PR, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	M. Alessandro Tesauro	PR, Università di Palermo

\* Vous pouvez rajouter ou enlever des lignes au tableau, ou modifier les fonctions (remplacer Membre du jury par Rapporteur·e par exemple).  
N'oubliez pas de supprimer ces deux lignes de texte à la fin de votre rédaction.

## 1.1 Introduction

Le 19 septembre 2019, le Parlement de l'Union européenne a adopté une résolution sur "l'importance de la mémoire européenne pour l'avenir de l'Europe", avec pour objectif principal de se souvenir du génocide des Juifs commis par les nazis et d'autres violations graves des droits de l'homme commises par des régimes totalitaires dans les années 1900. Dans le corps de la résolution, les États membres sont invités à "condamner et à s'opposer à toutes les formes de négationnisme de l'Holocauste, y compris la banalisation et la minimisation des crimes perpétrés par les nazis et leurs collaborateurs, et à empêcher la banalisation dans le discours politique et les médias".

La résolution a une forte connotation politique: l'Union européenne souhaite préserver l'intégrité de certains événements historiques afin que la mémoire construite sur ces derniers puisse guider les générations futures. L'approche du Parlement européen est motivée par la conscience que l'utilisation politique de l'histoire peut avoir des répercussions dramatiques dans le présent et que les distorsions mystificatrices de l'extermination des Juifs représentent un danger pour la coexistence civile. Le négationnisme requiert donc une attention particulière dans le projet européen de renforcement et de préservation des valeurs de la démocratie. Dans le contexte de cette prise de conscience, l'interaction entre l'histoire, la politique et le droit apparaît comme un sujet sensible et problématique, qui appelle l'attention des juristes et la réflexion des philosophes. La diffusion du mot "négationnisme" est plutôt récente. Introduit dans l'historiographie à la fin des années 1980, il désigne les discours sur le passé qui nient l'existence de la Shoah, c'est-à-dire la réalité historique du génocide des Juifs par les nazis pendant la Seconde Guerre mondiale.

Selon l'historiographie, le négationnisme constitue un phénomène social et culturel qui doit également être lu avec les outils analytiques des sciences sociales. D'un point de vue phénoménologique, le négationnisme manque de caractère uniforme, présentant des matrices et des objectifs différents. L'historiographie a donc tenté de classer les articulations du phénomène en fonction de données idéologiques, rhétoriques et géographiques. Au-delà des différences, on peut toutefois identifier certains éléments communs.

D'une manière générale, ceux qui entendent prouver l'inexistence de la Shoah ont tendance à rejeter ou, en tout cas, à mettre en doute trois faits historiques qui sont, au contraire, reconnus et établis par la communauté scientifique comme ayant réellement eu lieu : l'intention réelle de Hitler et des nazis de purger l'Europe des Juifs ; l'existence même des chambres à gaz ou leur utilisation comme instrument systématique d'extermination ; l'extermination de six millions de Juifs comme fin ou résultat final de la politique nazie.

Par conséquent, l'étude du négationnisme nécessitera nécessairement une approche interdisciplinaire, qui ne peut ignorer les éléments historiques. Dans le même temps, il sera nécessaire d'utiliser les outils des différents domaines du droit. On s'efforcera donc d'élaborer un raisonnement qui tienne compte de la perspective de la philosophie du droit, du droit pénal et du droit international. La philosophie du droit nous a permis de comprendre les raisons de la criminalisation du négationnisme ; le droit pénal nous a permis d'expliquer comment s'articule concrètement l'infraction pénale, et le droit international nous a permis de saisir le dynamisme et les évolutions possibles d'un cas ainsi construit, sur fond de dialogue entre les juridictions nationales et supranationales. Ces différentes approches sont fonctionnelles pour l'évaluation finale de la légitimité et de l'efficacité, à un niveau préventif, d'une règle construite de cette manière. En effet, l'objectif final sera d'évaluer si l'instrument de droit pénal est une méthode légitime et efficace en termes de dissuasion, ou s'il existe des recours extra-pénaux permettant de respecter le principe selon lequel l'instrument de droit pénal ne doit intervenir qu'en dernier ressort.

Le discours sur le négationnisme et ses formes de contre-action se déroulera en cinq chapitres. Le premier chapitre a une valeur descriptive, puisqu'il vise à isoler les différentes phases et étapes de développement du négationnisme, les matrices qui le composent, jusqu'à se concentrer sur les techniques argumentatives employées dans les écrits des négationnistes afin d'atteindre leur objectif principal, à savoir la propagation de l'antisémitisme. En particulier, la principale source du négationnisme sera analysée, à savoir la composante conspirationniste, historiquement et logiquement liée à l'objectif discriminatoire et à la propagation de la haine contre la minorité juive. En ce qui concerne la phénoménologie, c'est-à-dire le développement et la croissance du phénomène, on identifiera une première phase, datant des années 1980, qui s'est renforcée avec l'introduction des premières dispositions sanctionnant la Shoah. Avec la mise en place de ces réglementations, les négateurs ont tendance à recourir aux processus médiatiques pour

gagner en visibilité et en notoriété, dans le but de s'accréditer en tant qu'interlocuteurs au sein de l'académie. La deuxième phase, en revanche, coïncide avec l'avènement d'Internet, qui permet une diffusion plus large de leurs idées et, en même temps, facilite l'attribution d'une aura scientifique à leurs écrits.

En plus, la première partie sera consacrée à l'identification de la frontière tenue qui sépare le négationnisme du révisionnisme, compris comme un courant historiographique. Dans ce cas, l'élément de confusion vient des négationnistes eux-mêmes, qui, souhaitant obtenir une reconnaissance académique, tentent de porter le masque de révisionnistes. Il est important de rappeler que les révisionnistes, contrairement aux négationnistes, proposent une autre version de l'histoire dans le cadre des règles de la communauté académique. Le révisionnisme constitue donc un courant historiographique contre lequel la nécessité de maintenir un dialogue est reconnue.

La thèse sera à la fois consacrée aux principes de justification, c'est-à-dire aux finalités qui justifient le droit à la liberté d'expression, et nous permettra d'évaluer les cas dans lesquels le négationnisme se situe en dehors de la sphère de protection de la liberté d'expression et peut donc être légitimement interdit en cas de conflit avec d'autres droits à l'inverse, s'il se situe dans le cadre de la liberté d'expression, nous observerons dans quelles circonstances il relève du noyau dur du droit et quand il se trouve dans des positions marginales qui ne bénéficient pas d'une forte protection.

Le négationnisme, compris comme une forme de discours limité, sera testé afin d'évaluer si et selon quel principe de légitimation il est couvert par la liberté d'expression ou, au contraire, se situe en dehors de ce droit et peut donc être légitimement restreint.

Reconstruire la jurisprudence sur le négationnisme c'est aussi important, en se référant aux modèles de jugements mis en œuvre par les cours constitutionnelles européennes. En particulier, le problème de l'identification du droit qui se trouve de l'autre côté de la balance, par opposition à la liberté d'expression, est mis en évidence. L'oscillation entre la dignité et l'ordre public, ou plutôt la superposition de ces deux biens juridiques, crée une ambiguïté qui se manifeste dans toute sa complexité dans les décisions jurisprudentielles. A la lumière de ces expériences, il sera alors intéressant de mettre en évidence la ligne reconstructive de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) qui proposera son propre modèle de mise en balance afin d'évaluer quand le négationnisme peut être légitimement interdit. Le résultat qui ressort de cette étude mettra en évidence l'adoption d'une ligne qui tend à admettre une criminalisation de la négation des crimes contre l'humanité uniquement lorsqu'ils constituent une

incitation à la haine raciale. Il s'agit d'une approche, celle de la CEDH, qui attribue un régime spécial de protection au négationnisme, et pour cette raison, comme on le verra, elle est très problématique. Par conséquent, une distinction nécessaire doit être faite entre le négationnisme simple et le négationnisme qualifié - il s'agit d'une différenciation entre la négation pure et simple d'un crime et la négation du crime lorsqu'il atteint le seuil de l'incitation à la haine - entre la criminalisation de la négation de la Shoah et la sanction de la négation d'autres crimes internationaux.

La réflexion sur la réponse à la question de l'efficacité de la norme qui criminalise le négationnisme partira de l'évolution que le négationnisme a connue au fil des années. Si, entre les années 1990 et 2000, les négationnistes ont tenté de diffuser leurs idées principalement par le biais des médias (et seulement secondairement par le biais de l'académie et des partis politiques), et ont donc paradoxalement bénéficié de la présence de lois qui rendaient la manifestation de leurs idées pénalement punissable, aujourd'hui leur principal outil de communication est l'internet, qui permet une diffusion plus large et plus efficace, à la fois parce qu'il est accessible à tous, et parce que le public est moins informé. Il est donc nécessaire de réévaluer l'utilité de la législation en la matière dans la réalité contemporaine à la lumière du changement de paradigme. Les problèmes qui en découlent sont complexes, tels que ceux liés à la juridiction ou au risque de censure privée. Ce deuxième problème découle du fait qu'en l'absence de réglementation étatique régissant le pouvoir de contrôle des réseaux sociaux, ce sont précisément ces derniers qui adoptent des politiques et des lignes directrices internes qui limitent de manière discrétionnaire la liberté d'information et d'expression des individus.

## 1.2 Qu'est-ce que le négationnisme ?

Les spécialistes du phénomène du *négationnisme* ont noté que, dans la plupart des cas, la négation de ces faits historiques est fonctionnelle à la réalisation d'un projet global :<sup>1</sup> la diffusion d'une idéologie antisémite visant à promouvoir les préjugés et la haine contre les Juifs.<sup>2</sup> Il semblerait donc que le négationnisme soit en grande partie une expression de cet antisémitisme qui a traversé les siècles, trouvant les manifestations les

---

<sup>1</sup> V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas*.

<sup>2</sup> D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 8.

plus diverses : l'antijudaïsme, entendu comme une opposition aux Juifs soutenue par une idéologie religieuse,<sup>3</sup> en particulier celle de l'Église catholique<sup>4</sup>, qui les a longtemps considérés comme les coupables du péché le plus terrible, à savoir le meurtre de Jésus sur la croix ;<sup>5</sup> la haine de l'extrême gauche antifasciste et marxiste, qui a interprété la *Shoah* comme une invention pour détourner l'attention du thème prioritaire de la lutte des classes et de l'oppression subie par la classe ouvrière ;<sup>6</sup> celle de l'extrême droite néo-nazie, qui a tenté, également par le négationnisme, une réhabilitation du nazisme pour la réaffirmation et la revalorisation de cette idéologie fondée sur la primauté de la race aryenne ;<sup>7</sup> l'antisionisme de droite et de gauche, qui a considéré l'indépendance nationale du peuple juif comme illégitime avec la création de l'État d'Israël. La négation et la falsification des faits, corrélées à la formulation de récits, présentant des hypothèses alternatives incohérentes, ont donc été utilisées par les diverses idéologies sous-jacentes comme un outil pour renforcer ce sentiment discriminatoire envers la minorité juive.

Bien que le fondement de l'opposition aux Juifs soit très différent selon l'orientation idéologique, dans la réalité, il arrive souvent que les arguments d'un courant se coulent dans celui de l'autre, de sorte qu'il n'est pas toujours possible de distinguer une méthodologie particulière et sa propre genèse.

Les racines de l'antisémitisme qui unissent les différentes matrices du négationnisme sont profondes, trouvant leur *humus* dans un contexte économique et social très complexe : comme l'a écrit Theodor Adorno,<sup>8</sup> toute tentative d'explication peut difficilement être satisfaisante. Les historiens ont observé que c'est le substrat commun de tous ces éléments, à savoir l'antisémitisme, compris comme une aversion pour le

---

<sup>3</sup> P. Stefani, *Antigiudaismo. Storia di un'idea*, p. 11.

<sup>4</sup> L'antijudaïsme est compris comme une aversion envers les Juifs fondée sur des raisons religieuses, tandis que l'antisémitisme est compris comme une aversion fondée sur des raisons ethniques.

<sup>5</sup> N. Cohn, *Licenza per un genocidio*. Cette croyance a fortement influencé la communauté catholique et a dominé l'histoire de l'Église jusqu'à ce jour. Considérez le fait que ce n'est qu'en l'an 2000, sous le pontificat de Jean-Paul II, que la condamnation claire de l'extermination des Juifs par l'Église a été franche.

<sup>6</sup> A. Finkielkraut, *L'avenir d'une négation: Réflexion sur la question du génocide*.

<sup>7</sup> G. Bensoussan, *Négationnisme et antisionisme: récurrences et convergences des discours du rejet*, p. 166.

<sup>8</sup> A. Rabinbach, *In the Shadow of Catastrophe. Les intellectuels allemands entre apocalypse et lumières*, p. 187.

judaïsme, qui alimente le discours négationniste.<sup>9</sup> Afin de comprendre les conséquences et l'impact potentiel sur la société, il est nécessaire de commencer par l'événement historique contesté : la *Shoah*. Tout d'abord, je crois que pour tenter de répondre aux nombreuses questions que soulève le négationnisme, il est nécessaire de comprendre cet événement et ce qui s'est passé avant et après.

Les historiens définissent la *Shoah* comme l'extermination massive qu'Hitler et son appareil ont perpétrée contre les Juifs dans des camps de concentration et d'extermination dans le but de purger l'Europe de cette minorité.<sup>10</sup> Toutefois, ce fait ne peut être considéré isolément, mais comme le résultat d'une idéologie promue au cours des années précédant la Seconde Guerre mondiale : en d'autres termes, la décision de mettre fin à la question juive (appelée "solution finale" par les hiérarques nazis pour dissimuler leurs véritables intentions) doit être comprise comme le résultat extrême d'une politique généralisée de mystification de la réalité, de discrimination et de préjugés à l'encontre des Juifs (qui passait également par l'information et l'éducation), fondée sur l'affirmation de la supériorité de la soi-disant "race aryenne" sur les autres. L'exaltation et la diffusion de cette idéologie ont eu lieu non seulement au niveau politique, par la tendance généralisée des appareils gouvernementaux à délivrer des discours de haine, mais aussi au niveau juridique, par la promulgation de lois visant à restreindre progressivement les libertés fondamentales des Juifs.<sup>11</sup> Ces politiques ont contribué à l'isolement et à l'exclusion progressifs des Juifs de la vie sociale.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> M. Bernard-Donals, *Forgetful Memory Representation and Remembrance in the Wake of the Holocaust*, p. 103; P. Vidal-Naquet, *Gli assassini della memoria*; S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*.

<sup>10</sup> Ce fait, comme on le verra plus en détail ci-dessous, a été constaté selon la méthode scientifique, qui conduit à ne considérer comme vérifiées que les hypothèses historiques sur lesquelles convergent plusieurs preuves, et jusqu'à ce que de nouvelles preuves contradictoires avec celles précédemment recueillies apparaissent.

<sup>11</sup> Parmi les plus envahissantes, citons la loi sur la citoyenneté allemande (1935), l'ordonnance sur l'exclusion des Juifs de l'économie allemande (1938), le décret de la police sur l'identification des Juifs (1941) et le décret sur le rationnement de la nourriture pour les Juifs (1942).

<sup>12</sup> De nombreuses réflexions ont été développées sur la condition des Juifs dans les camps : Hannah Arendt, a tenté d'expliquer la condition du Juif dans les Lagers, comme quelqu'un qui est dépouillé de tous ses droits en raison de son appartenance à une communauté, donc en raison de son *statut*, et non en raison des actes commis. La dichotomie entre la vie dans les camps et la vie à l'extérieur a également été reprise par d'autres philosophes qui en ont proposé leur propre théorisation, à partir de la pensée d'Arendt. En ce

Le génocide juif qui a suivi n'a été rendu possible que par les chambres à gaz. Bien que la structure soutenant le système concentrationnaire, la chaîne de commandement et l'organisation bureaucratique aient joué un rôle central, le nombre et l'ampleur du massacre auraient été différents sans le mécanisme des chambres à gaz et des crématoires.<sup>13</sup> Ainsi, les chambres à gaz doivent être interprétées comme un symbole de génocide.

L'extermination des Juifs est unique dans l'histoire de l'humanité pour plusieurs raisons : par l'ampleur du massacre, par la manière, par le haut niveau de technicité avec lequel il a été matériellement réalisé ; tous ces aspects sont expliqués de manière éclairante par Zygmunt Bauman dans *Modernity and the Holocaust*. Cet ouvrage, qui date de 1989, a le mérite exceptionnel de nous aider à comprendre comment le génocide a désarticulé les catégories classiques de référence des sciences sociales. Dans sa tentative de cadrer l'événement de l'Holocauste sur un plan sociologique, il retrouve les éléments constitutifs de la modernité, représentant une sorte de trait d'union entre l'élément d'une tradition passée, l'antisémitisme, et celui de l'ère de la technologie et du système de l'usine, qui réside dans le caractère méthodique (on pourrait dire "sériel") du génocide. Les chambres à gaz deviennent ainsi un paradigme de la singularité, de la dérive que la science a connue à l'époque moderne.

C'est pourquoi les nazis eux-mêmes, selon certaines reconstitutions,<sup>14</sup> ont pris soin d'effacer et de rendre invisibles autant que possible les traces matérielles des camps : l'Holocauste et sa conception contiendraient donc déjà en eux-mêmes les germes du futur négationnisme, comme l'a judicieusement exprimé le philosophe français Alain Finkielkraut.<sup>15</sup> En fait, la manière même dont l'acte génocidaire, voulu par les nazis, a été réalisé a été conçue de telle sorte que les preuves des chambres à gaz et l'architecture

---

sens, Giorgio Agamben, *Quel che resta di Auschwitz*. C'est ici que le philosophe, sur la base des expériences vécues dans le camp de concentration par des témoins tels que Jeremy Antelme et Primo Levi, identifie la distinction entre *zoé* et *biòs*. Avec le premier terme, il se réfère à la simple existence physique et biologique, celle, précisément, que les Juifs mènent simplement dans les camps ; avec le second terme, il se réfère aux hommes qui préservent leur dignité et la pleine jouissance de leurs droits.

<sup>13</sup> Z. Bauman, *Modernity and the Holocaust*.

<sup>14</sup> H. Arendt, *La banalité del male*.

<sup>15</sup> A. Finkielkraut, *L'avenir d'une négation: Réflexion sur la question du génocide*.



générale de la solution finale resteraient obscures pour la postérité,<sup>16</sup> afin que cela compromette la reconstruction et l'établissement de la responsabilité des nazis et, en définitive, la reconstruction et l'intégrité d'une mémoire collective.<sup>17</sup> D'un point de vue linguistique, l'utilisation de termes codés pour indiquer les décisions, les mesures et les actes à prendre contre les Juifs est donc détectable. En d'autres termes, la dissimulation des faits faisait partie du plan criminel conçu par les responsables.<sup>18</sup>

À la tentative matérielle de dissimuler la réalité concentrationnaire, s'ajoute un autre facteur qui ne se réfère pas au monde empirique, mais au monde intérieur, à savoir l'incapacité de l'homme à comprendre des événements aussi formidables et dramatiques. C'est pourquoi la réalité des camps de concentration a été définie comme étant "au-delà de la croyance". Un exemple parmi d'autres : Primo Levi a exprimé dans *I sommersi e i salvati* la crainte que le public ne croie pas son témoignage. Liée à cette perception de la Shoah, la définition d'Auschwitz comme "l'autre monde" : une réalité considérée comme tellement inconcevable et absurde qu'elle doit être considérée comme inexistante, selon une équivalence entre inconcevabilité, incroyable, impossibilité.<sup>19</sup> La Shoah, dans sa spécificité et son unicité,<sup>20</sup> a donc été considérée comme une sorte de ligne de partage des eaux entre le passé et l'avenir.

### 1.2.1 Naissance et évolution

Le négationnisme trouve son substrat idéologique dans l'antisémitisme. La "marque" de l'antisémitisme se trouve principalement dans l'utilisation que le négationnisme fait de la théorie du complot.

Dans ce contexte socioculturel, la conspiration pouvait soutenir l'antisémitisme et offrir des explications pseudo-rationnelles attribuant la responsabilité de certains faits aux

---

<sup>16</sup> Le fait qu'il n'existe aucun document écrit contenant l'ordre d'Hitler d'exterminer les Juifs est révélateur de cette intention. Voir W. Laquer, *The Terrible Secret: the Conspiracy of Silence on the 'Final Solution'*.

<sup>17</sup> G. Bensoussan, *L'eredità di Auschwitz, come ricordare?*, p. 24.

<sup>18</sup> Une précision doit être apportée sur ce point. Lorsqu'il est fait référence au langage comme instrument de dissimulation de la réalité, nous parlons du langage bureaucratique, et non du langage public, qui était manifestement agressif et intimidant. M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 223.

<sup>19</sup> Primo Levi lui-même a déclaré que le génocide pousse à l'incrédulité, au retrait, au négationnisme.

<sup>20</sup> A. Foa, *Genocidi a confronto: una riflessione sull'unicità della Shoah*.

Juifs. C'est à la fin du XIXe siècle qu'a eu lieu ce que Zeffiro Ciuffoletti a appelé la "répétition générale" de l'utilisation politique de la théorie du complot.<sup>21</sup> L'affaire Dreyfus, du nom du commandant français d'origine juive Alfred Dreyfus, a eu une telle résonance médiatique qu'elle est devenue un cas paradigmatique de la manière dont l'utilisation du mécanisme de conspiration peut être un moyen efficace de propagande des idées anti-juives. Dreyfus a en effet été victime d'une erreur judiciaire qui a généré un énorme conflit politique et social. Il est injustement accusé et condamné pour trahison et espionnage en faveur de l'Allemagne, devenant ainsi un symbole de la conspiration juive contre la nation française.

En outre, la rhétorique conspirationniste s'est avérée être un outil particulièrement efficace pour la diffusion des idées antisémites, qui, à l'instar du négationnisme et de la production de faux textes, repose sur la négation du principe de réalité et la manipulation des faits.

Un autre exemple du mécanisme d'action de la conspiration est constitué par les Protocoles des évêques de Sion, une collection de documents falsifiés qui contenaient le plan secret conçu par les dirigeants de la communauté juive pour prendre le contrôle du monde. Ce document a été diffusé dans une clé anti-juive pour fomenter la haine contre les Juifs.

Les Protocoles sont un exemple de falsification de l'histoire et seront également utilisés par le négationnisme pour tenter de nier la vérité historique, juridique et morale du génocide qui a eu lieu dans les chambres à gaz. La manipulation de la mémoire et le négationnisme de cette vérité ne seront rien d'autre qu'un nouveau mécanisme de falsification.

D'après ce qui a été analysé jusqu'à présent, il est clair qu'au fil des siècles, l'antisémitisme s'est consolidé grâce à un récit rhétorique fondé sur l'hypothèse que ce sont les Juifs eux-mêmes qui sont responsables de la haine et de la violence dirigées contre eux.<sup>22</sup> Une haine motivée, qui trouverait même ses racines dans l'Ancien Testament et les plaies d'Égypte. Selon une interprétation orientée vers l'antisémitisme, les Juifs eux-mêmes étaient responsables de la peste.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Z. Ciuffoletti, *Retorica di un complotto*, p. 21

<sup>22</sup> E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 3.

<sup>23</sup> D'où le préjugé selon lequel les Juifs doivent être considérés comme des porteurs d'épidémies.

Une analyse préliminaire de l'antisémitisme était nécessaire, car il est difficile de séparer le mouvement négationniste des sentiments antisémites. À cette prise de conscience, il convient d'ajouter que l'antisémitisme n'est pas inhérent à une orientation idéologico-politique spécifique, mais qu'il est commun à différentes idéologies et alignements politiques. Le négationnisme, compris comme une forme d'antisémitisme, ne peut être lu isolément de cela, et doit plutôt être analysé, lu et interprété à la lumière du *contexte* politique, social et historique rapporté jusqu'ici.

Comme l'antisémitisme, le négationnisme ne peut être considéré comme un produit exclusif de la droite. Associer le négationnisme exclusivement à un seul mouvement politique serait une erreur, car cela empêcherait d'analyser, et donc de comprendre, les caractéristiques spécifiques du mouvement idéologique ou politique auquel le négationnisme a été associé au fil des ans.<sup>24</sup>

Une approche historique, visant donc une étude du développement du mouvement, mais tenant compte du contexte culturel, social et politique dans lequel il s'inscrit, semble certainement être la meilleure méthode épistémique. Il sera également utile de décortiquer les stratégies argumentatives des négateurs pour tenter de révéler leur mécanisme de mystification.

Un autre point essentiel est de maintenir la distinction entre le phénomène examiné et le révisionnisme, par rapport auquel il existe cependant un certain lien et une continuité logique. Cet aspect est quelque peu insidieux, car pour gagner en crédibilité les négationnistes veulent être considérés et qualifiés comme de révisionnistes, et argumentent donc de manière à ne pas être facilement reconnaissables, en utilisant des techniques rhétoriques qui leur permettent de cacher le contenu réel de leurs thèses.

Le berceau de prédilection du négationnisme est la France. Alors que le terme de "*Shoah*" n'avait pas encore été inventé et que les techniques et stratégies utilisées par les nazis pour la "solution finale" n'avaient pas encore été déterminées, vers 1950, les premières voix ont commencé à résonner en France (mais aussi en Allemagne) qui, dans le but de réduire la responsabilité de l'Allemagne, se sont interrogées sur le fait de savoir si l'extermination des Juifs avait réellement été vérifiée comme un génocide.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> La doctrine n'est pas unanime pour retracer ces spécificités. Les chercheurs n'ont pas toujours été d'accord avec la subdivision du négationnisme en fonction de l'orientation politique à laquelle il est associé.

<sup>25</sup> V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas*, p. 6.

La particularité est que ces voix sont nées de camps idéologiques opposés (néonazisme et communisme), fusionnant et faisant converger des demandes opposées, sous le sentiment commun de haine envers les Juifs et avec l'objectif commun de rétablir la vérité sur ce qui s'est passé dans les camps de concentration et la réalisation effective de l'extermination des Juifs.

En d'autres termes, le négationnisme d'après-guerre a convergé vers un double négationnisme : celui de la volonté du Troisième Reich d'exterminer les Juifs, et celui de la mise en œuvre effective de l'extermination de manière systématique et massive,<sup>26</sup> dotée du caractère industriel et bureaucratique.<sup>27</sup> Il convient également de souligner que c'est à ce moment-là que la rhétorique du complot est retravaillée et actualisée. Il vise à offrir une nouvelle explication de la guerre : la Seconde Guerre mondiale en tant qu'événement provoqué par les Juifs, qui, en accusant l'Occident du génocide et en obtenant ainsi la position de victimes, peuvent alors légitimement revendiquer le droit de fonder l'État d'Israël.<sup>28</sup>

De toute évidence, l'objectif de cette manipulation est d'opérer une division et une séparation conceptuelle entre le nazisme et le génocide, excluant ainsi la relation d'interdépendance entre l'idéologie nazie et la *Shoah*, afin d'obtenir une requalification et une sorte d'acceptabilité. Dans cette perspective, le négationnisme doit être considéré comme une arme idéologique de l'extrême droite.<sup>29</sup> Ainsi, dans ce contexte, l'élément antisémite est lié de manière presque inséparable à l'antisionisme. La prétendue illégitimité de l'État d'Israël alimente la haine envers les Juifs et offre en même temps la preuve d'une conspiration: Israël, en tant qu'expression de la domination juive, justifierait la haine à leur égard.

### 1.2.2 Techniques d'argumentation

Comme nous l'avons mentionné, le style utilisé par les négationnistes est un élément important pour circonscrire et identifier le négationnisme.

---

<sup>26</sup> V. Igounet, *Les premières voix françaises du négationnisme (1945-1953)*.

<sup>27</sup> Z. Bauman, *Modernity and the Holocaust*, p. 19.

<sup>28</sup> V. Igounet, *Les premières voix françaises du négationnisme (1945-1953)* p. 57.

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 64.

Au-delà des différences idéologiques, biographiques et géographiques, il est possible de trouver des traits communs dans la technique rhétorique des négateurs, comme le renversement de la charge de la preuve et la décontextualisation. L'objectif est toujours d'exposer les apories de l'historiographie dominante. Évidemment, l'élément probant sur lequel leur critique insiste le plus est le témoignage, puisque, comme on le sait, la mémoire peut facilement déformer les données de la réalité.

Après avoir analysé le contenu de leurs thèses, une méthodologie de leur technique rhétorique sera ensuite proposée. Cependant, une prémisse ne peut être ignorée : le "quoi" et le "comment" de ce type de discours pseudo-scientifique sont étroitement liés et ne peuvent être séparés conceptuellement, dans le sens où leurs thèses, si absurdes parce qu'elles manquent de fondements historiques, ont besoin du soutien d'une certaine stratégie stylistique basée sur la tentative de démolir les arguments des autres, plutôt que sur la construction de leur propre cadre probant.

C'est pour cette raison que leur pseudo-recherche a été définie par l'historien Richard Evans par l'expression "double standard of criticism" en ce qui concerne le type de preuve à évaluer : les négateurs attribueraient une valeur probante au matériel historiographique sur la base de critères entièrement arbitraires et discrétionnaires.<sup>30</sup> C'est tout le contraire de la méthode scientifique qui, en revanche, exige que l'on utilise la même *norme* quel que soit le type de preuve examiné. Sur un plan concret, l'utilisation du double *standard* expliquerait la double attitude des négationnistes face aux preuves: d'une part, ils rejettent ce qu'ils considèrent comme prouvé par l'historiographie officielle selon le principe de convergence des preuves, le considérant dans la plupart des cas comme non prouvé car contradictoire ; d'autre part, ils acceptent le matériel non conventionnel pour autant qu'il confirme leur thèse initiale. En bref, en s'inspirant largement des études de Georges Bensoussan, "la réponse précède la question".<sup>31</sup>

Cette acceptation d'une nouvelle thèse sur une base scientifique totalement instable se fait à l'aide de nombreuses stratégies rhétoriques, dont l'inversion de la charge de la preuve : lorsque les négateurs rejettent la fiabilité d'un document probant, ils n'assument pas l'entière responsabilité de ce qu'ils disent, mais exigent plutôt que ce soit celui dont la thèse est réfutée qui doive prouver que ce qu'il affirme et réfute est en fait

---

<sup>30</sup> R. Evans, *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*.

<sup>31</sup> G. Bensoussan, *Négationnisme et révisionnisme : récurrences et convergences des discours du rejet*, p. 166.

scientifiquement valide. À cet outil s'en ajoutent d'autres, qui visent tous à embrouiller le lecteur : les chercheurs ont identifié, par exemple, l'extrapolation, la décontextualisation, la fragmentation des documents, le déplacement de l'attention vers des détails négligeables et sans signification, l'édulcoration<sup>32</sup>.

En bref, leur raisonnement est dans la plupart des cas dépourvu de logique et s'effondre au moment où il rejette la thèse opposée, sans offrir une explication alternative d'un événement historique donné qui repose sur un cadre probatoire organique. La conséquence de tout cela est que l'on finit par recourir à des interprétations circulaires et tautologiques.<sup>33</sup>

La combinaison de ces techniques est fonctionnelle pour mettre en évidence les divergences entre et au sein des éléments recueillis par l'historiographie officielle et les reconstructions élaborées par celle-ci.<sup>34</sup> Évidemment, l'élément de preuve privilégié pour mettre en évidence ces incohérences, ces contradictions et ces contrastes internes est le témoignage, car, comme l'ont souligné de nombreux auteurs,<sup>35</sup> il est facile que dans les déclarations, surtout si elles sont faites oralement par des survivants ou par les auteurs et les donneurs d'ordre eux-mêmes, la mémoire puisse faire que les souvenirs n'adhèrent pas entièrement à la réalité. Il faut ajouter à cela que les témoignages sont de toute façon interprétés par la subjectivité individuelle et offrent donc une perception de la réalité orientée sur *elle-même*.

La méthodologie des négationnistes, qui permet de mettre au jour des témoignages ou d'autres documents "faux" ou "manipulés", consiste à attirer l'attention du lecteur sur un détail spécifique du document probant examiné, en le contrastant avec une autre partie de ce même document, ce qui enlève toute valeur et toute signification probante à l'ensemble du document. Selon Valentina Pisanty, qui a tenté de systématiser le discours négationniste au niveau philologique, il existe cependant un élément clé, qui

---

<sup>32</sup> A. Di Giovine, *Il passato che non passa: Eichmann di carta e repressione pena*, p. xii.

<sup>33</sup> C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, p. 59. Pisanty offre également un aperçu large et précis de la technique utilisée par les négationnistes, en analysant les études pseudo-scientifiques menées par Mattogno, sur la solidité et la fiabilité du rapport Gerstein, un représentant du nazisme qui, avant d'être jugé pour les crimes commis pendant la guerre, a écrit une confession en détention, un document auquel les historiens se sont largement référés pour reconstituer les faits.

<sup>34</sup> R. Wistrich, *Holocaust Denial: The Politics of Perfidy*, p. 2.

<sup>35</sup> G. Agamben, *Quel che resta di Auschwitz*; M. Bernard-Donals, *Forgetful Memory Representation and Remembrance in the Wake of the Holocaust*; P. Levi, *I sommersi e i salvati*.

consisterait en la capacité d'insinuer le doute dans l'esprit du lecteur, concernant la fiabilité de l'ensemble de la version, qui reposerait, par exemple, sur la labilité psychologique du survivant ou son intérêt personnel à obtenir une compensation. Sur tout cela, les négateurs font planer le soupçon d'une conspiration ou d'un plan secret.

En d'autres termes, une fois que l'incohérence du document est suggérée au lecteur, la validité du document dans son ensemble est sapée, selon l'aphorisme latin *falsus in uno, falsus in omnibus*.<sup>36</sup> Cette façon de procéder révèle une tendance obsessionnelle et polémique à rechercher l'erreur, qui est ensuite généralisée et étendue à l'ensemble du document. Le saut logique suivant consiste à identifier la seule inexactitude ou imprécision avec la fausseté de l'ensemble de la déclaration ou de la preuve.

En retirant la valeur de la méthode scientifique, sur laquelle les hypothèses précédentes formulées et soutenues par l'historiographie officielle étaient construites, ils les remplacent et construisent des vérités nouvelles et alternatives, basées sur des soi-disant "rumeurs", des ouï-dire sans corroboration et donc sans fondement scientifique. Pour ajouter au manque de fiabilité de leurs écrits, ils ont recours à de nombreuses citations pour renforcer la validité de leurs affirmations : cependant, dans la plupart des cas, ces affirmations ne sont pas vérifiables. Cette attitude a été largement employée par Irving,<sup>37</sup> comme le rapporte l'historien Evans, lors du procès contre Lipstadt. Selon l'opinion professionnelle d'Evans, la méthode d'Irving consistait à manipuler des données historiques en plaçant des citations dans un faux contexte.<sup>38</sup>

En conclusion, on ne peut que donner raison à ceux qui, parmi les historiens et les philologues, ont trouvé dans cette obsession de la cohérence une intention captieuse et malveillante de manipuler l'histoire, qui doit au contraire être lue de manière globale, systématique et pluraliste.<sup>39</sup> Un autre argument négationniste, promu principalement par Garaudy, concerne le nombre de morts tués à Auschwitz.<sup>40</sup> Les négationnistes affirment que le nombre réel de victimes est constamment exagéré et que la mort des Juifs ne doit

---

<sup>36</sup> M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, p. 7.

<sup>37</sup> S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*, p. 120; D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 23.

<sup>38</sup> R. Evans, *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*, p. 95.

<sup>39</sup> M. Shermer, A. Grobman, *Denying History* p. 34.

<sup>40</sup> Pour une meilleure compréhension du nombre réel de victimes, voir F. Piper *The Number of Victims*, pp. 61-80.

être attribuée qu'à la propagation de maladies, et non à l'asphyxie causée par les gaz toxiques. Et, en lien avec cela, la tendance répandue chez les négationnistes à manipuler le chiffre exact des victimes. La référence à l'expression "le mythe des six millions", inventée par Garaudy pour contester le nombre de victimes du génocide tel que reconstitué par les historiens, est évocatrice de cette approche.

Un autre aspect important concerne les méthodes de communication : comme l'a observé Claudio Luzzati, les négationnistes s'engagent à deux niveaux :<sup>41</sup> d'une part, ils utilisent un langage agressif, emphatique et dénigrant;<sup>42</sup> d'autre part, des études scientifiques absurdes sur des sujets étroitement liés à la question des chambres à gaz (leurs études très compliquées sur les niveaux de Zyklon B, considérés comme insuffisants pour tuer un certain nombre de personnes réunies dans une pièce d'une taille donnée). Il est évident que l'utilisation de cette forme stylistique vise à créer une sorte de confusion chez le lecteur qui, dans la plupart des cas, ne se trouve pas préparé à ces questions, ne dispose pas des compétences technico-scientifiques nécessaires et est désorienté par la profusion excessive de chiffres et de calculs techniques, qui sont en fait pseudo-scientifiques. Comme le note judicieusement Carlo Luzzati, cet effet est renforcé par le passage continu d'un style vulgaire, agressif et méprisant à un style précis et sec, accompagné de disquisitions techniques.<sup>43</sup> Il s'agirait d'une stratégie de communication précise, basée sur la polarisation.

De cette façon, les négateurs ont la possibilité de gagner en crédibilité face au lecteur et, par conséquent, en soutien: en effet, étant donné l'extraordinaire complexité de certaines des questions qu'ils traitent, le lecteur n'est pas en mesure d'avoir sa propre opinion, étant plutôt amené à croire ce qu'il lit, ignorant la nature tendancieuse des thèses de l'auteur.

L'élément stylistique doit être pris en compte pour comprendre le phénomène, car le succès de leurs idées dépend davantage des méthodes de communication utilisées pour les transmettre que de leur contenu. Il est évident que si au départ la communication, ou plutôt la diffusion, de leurs messages se faisait selon un code, le code typique de la page

---

<sup>41</sup> C. Luzzati, *Chi parla con chi?* p. 236.

<sup>42</sup> Comme exemple de cet aspect stylistique, on peut se référer à la réponse de Carlo Mattogno à la critique et à l'analyse exposées par Valentina Pisanty dans son livre susmentionné. L'historien Evans, dans son livre *Lying about Hitler*, trouve également ce ton agressif et méprisant dans le choix des mots d'Irving lorsqu'il fait référence aux Juifs, allant parfois jusqu'à la menace de violence.

<sup>43</sup> C. Luzzati, *Chi parla con chi?* p. 236.



imprimée, aujourd'hui avec l'avènement de l'ère numérique, les négationnistes ont dû et su s'adapter aux *normes du web* et plus particulièrement des *médias sociaux*, ce qui a certainement favorisé une diffusion plus capillaire de leurs idées.

L'exemple qui illustre le mieux la façon dont l'internet a modifié les techniques de communication utilisées pour transmettre les messages négationnistes est celui du Canadien Ernst Zundel, jugé au Canada pour incitation à la haine raciale en raison du contenu de son site web, le *Zundel site*. Les experts désignés pour évaluer si sa page contenait du matériel antisémite se sont trouvés en grande difficulté, car le langage utilisé était cryptique et non ouvertement raciste. Et les expressions, comme c'est souvent le cas chez les négationnistes, contenaient des messages de haine plutôt obscurs.<sup>44</sup>

### 1.3 Théories fondatrices de la liberté d'expression

Un premier objectif du chapitre suivant est de distinguer les différents fondements du droit à la liberté d'expression développés dans le domaine de la philosophie du droit et, par conséquent, les théories justifiant sa limitation. Le droit à la liberté de pensée ayant été formulé à l'aide d'une terminologie délibérément indéterminée, l'examen des différentes théories concernant la justification matérielle du droit à la liberté d'expression nous permet de comprendre quelles valeurs et quels objectifs justifient sa protection.<sup>45</sup> Sur la base de la justification du principe considéré, le périmètre d'application du droit peut être tracé. Identifier les limites par la justification revient à définir le droit lui-même, selon la théorie qui considère tout droit comme intrinsèquement limité : c'est pour cette raison que les limites des droits fondamentaux ainsi identifiées ont été appelées "limites implicites ou naturelles".<sup>46</sup>

La deuxième étape consistera à identifier les cas paradigmatiques, c'est-à-dire les cas qui sont clairement et intuitivement couverts par le parapluie de la protection du droit, c'est-à-dire dans les limites qui peuvent être tracées selon la justification considérée de

---

<sup>44</sup> D. Fraser, *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi*, p. 530.

<sup>45</sup> G. Pino, *Diritti e Interpretazione*, pp. 90-91 e 141

<sup>46</sup> Ivi, pp. 158-160.

temps en temps. On tentera ensuite d'établir si le négationnisme,<sup>47</sup> compris comme une limite hypothétique, se situe à l'intérieur ou à l'extérieur de la sphère de protection garantie à la liberté d'expression selon cette justification substantielle particulière du droit. L'objectif final est d'évaluer si le phénomène considéré peut-être considéré comme inclus ou exclu de la sphère de protection du droit, en créant éventuellement une nouvelle justification, qui est ajustée et modulée à la lumière du cas limite examiné. Ce résultat sera atteint grâce à une méthode argumentative proche de celle de l'"équilibre réflexif" développée par John Rawls :<sup>48</sup> la procédure à laquelle je me réfère, définie comme "bottom-up" par un courant doctrinal,<sup>49</sup> part de cas paradigmatiques, interprétés à la lumière de certaines justifications du principe considéré, puis passe progressivement, par un raisonnement par analogie, aux cas limites, jusqu'à revenir dans un mouvement circulaire à la justification, qui sera finalement reformulée.<sup>50</sup>

La principale dichotomie que l'on peut établir entre les différents arguments avancés est celle qui oppose une conception minimaliste, selon laquelle l'État ne doit pas restreindre les contenus expressifs qui ne représentent pas un préjudice, à d'autres orientations qui ont une approche plus restrictive. D'autres philosophes ont tenté de regrouper les différentes interprétations en deux macro-catégories distinctes : les doctrines conséquentialistes et non conséquentialistes, se référant à celles qui justifient la liberté d'expression sur la base des effets externes produits dans la société et celles qui se réfèrent à des arguments normatifs.<sup>51</sup>

Toutefois, on ne peut ignorer qu'en réalité les éléments de chaque théorie justificative se chevauchent et qu'une subdivision claire et précise n'est donc pas possible. En outre, l'absence d'une définition uniforme des actes potentiellement susceptibles de relever de la catégorie des actes protégés par la liberté d'expression représente un point

---

<sup>47</sup> Ce comportement est considéré ici comme un cas douteux d'exercice légitime de la liberté d'expression, par opposition aux cas dits paradigmatiques qui peuvent être, selon certaines justifications, des cas de violation ou d'exercice de ce droit.

<sup>48</sup> L'"équilibre réflexif" est un concept conçu par John Rawls comme un modèle de raisonnement sur la justification des principes et des valeurs. Pour un développement de cette notion, voir J. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 56-58; plus généralement R. Dworkin, *The Original Position*, pp. 509-19.

<sup>49</sup> D. Réaume, *Of Pigeonholes and Principles: a Reconsideration of Discrimination Law*, pp. 117, 118.

<sup>50</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione*, p. 142.

<sup>51</sup> K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 120.

de difficulté considérable.<sup>52</sup> En effet, la doctrine juridique a longtemps débattu de la notion de liberté d'expression, c'est-à-dire de la question de savoir si elle devait inclure uniquement les discours ou s'étendre à d'autres formes d'expression.<sup>53</sup>

### 1.3.1 Le principe de la libre circulation des idées

Le principe de la libre circulation des idées a été développé dans la jurisprudence des États-Unis sur la base des observations du juge Oliver Wendell Holmes, dans son opinion dissidente exprimée à propos de l'arrêt *Abrams c. États-Unis* de 1919.<sup>54</sup> Le principe a été en outre développé par les juges américains dans l'arrêt *Red Lion v Broadcasting*, dans lequel il est dit que le but du premier amendement - qui garantit la liberté d'expression dans le système américain - est de préserver un marché libre pour les idées dans lequel la vérité prévaut, plutôt que de soutenir sa monopolisation. En d'autres termes, il y a la croyance qu'une société, dans laquelle il y a une discussion ouverte, est préférable à un régime de censure qui intervient pour éliminer par la force ce qui est considéré comme faux ou faux.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Il est intéressant de noter la distinction que l'auteur Frederick Schauer fait, à des fins d'argumentation, entre les mots de la parole, l'expression et la communication. F. Schauer, *A Philosophical Enquiry*, p. 50.

<sup>53</sup> Il existe des interprétations particulièrement larges du concept de "discours": par exemple, la définition donnée par la Cour suprême de l'Illinois concernant l'utilisation de la croix gammée dans l'affaire *Village of Skokie v. Nat'l Socialist Party of America* est significative. Selon l'interprétation de cet organisme, l'affichage de la croix gammée lors d'une parade nazie représenterait un discours politique symbolique. L'affaire dans laquelle la Cour a exprimé cet avis concernait l'autorisation d'un défilé nazi dans un quartier majoritairement juif de la municipalité de Skokie, dans l'Illinois.

<sup>54</sup> Il utilise l'expression « libre échange des idées » et ne se réfère pas à l'expression « libre marché des idées », qui sera alors utilisée pour désigner sa pensée. Cependant, dans la même opinion dissidente, le juge Holmes précise que "le meilleur test de vérité est le pouvoir de la pensée d'être acceptée en concurrence avec d'autres idées sur le marché". Donc, il y a déjà l'idée du marché qui, par la libre concurrence des idées, laisse émerger la "vérité".

<sup>55</sup> Une autre pierre angulaire de la théorie des idées du marché libre est l'arrêt *Whitney v. Californie* (1927). A cette occasion, le juge Louis Brandeis dans son avis concordant a sanctionné le principe selon lequel « le meilleur remède à la parole mensongère est plus de parole ». Il était ainsi considéré comme le fondateur de la soi-disant « doctrine du contre-discours », selon laquelle la réponse la plus efficace aux discours négatifs est de les contrer par des discours positifs.

Ce que la jurisprudence américaine a développé<sup>56</sup> repose ses fondements théoriques, ainsi que ses justifications conceptuelles, sur la pensée de John Stuart Mill, qu'il a exposée dans l'essai "On Freedom".<sup>57</sup> Si ce qui est devenu la théorie du libre marché des idées doit être distingué de la pensée millienne, encore faut-il reconnaître son lien conceptuel. C'est Mill qui affirme pour la première fois le principe cardinal auquel se confrontera toute théorie philosophique sur la liberté d'expression<sup>58</sup> l'idée que du libre-échange des idées, et donc de leur libre déploiement et comparaison, la vérité peut naturellement émerger à travers un processus graduel d'essais et d'erreurs. Mill, sur la base d'une évaluation du rapport coût-bénéfice, attribuerait donc au droit à la liberté d'expression un caractère absolu : il s'ensuit que la liberté d'expression ne doit pas être soumise aux limitations imposées par la loi et que l'État ne doit en aucun cas s'immiscer dans les idées des individus.

La théorisation de l'absence de limites repose sur la conviction de Mill que les gouvernements n'ont aucun intérêt à attribuer une valeur prééminente à ce qui est vrai<sup>59</sup> et qu'une opinion supprimée par l'autorité comme considérée comme fautive par l'autorité pourrait plus tard se révéler vraie.

Pour Mill la poursuite de la vérité - qui émerge à travers le dialogue, l'affrontement du vrai et du faux, le rejet du second et la victoire naturelle du premier<sup>60</sup> - est considérée comme bonne à privilégier sur les autres, car elle permet de progresser.

---

<sup>56</sup>Pour une reconnaissance de la doctrine États-Unis sur le sujet voir les arrêts suivants: *Board of Education v Pico*, 457 US 853, 866 (1982); *Wimberly v. Vincent*, 454 US 263, 267 n° 5 (1981); *Citoyens contre le contrôle des loyers c. Ville de Berkeley*, 454 US 290, 295 (1981); *Consolidated Edison Company c. Public Service Comm'n*, 447 US 530, 537, 538 (1980); *FAC c. Pacifica Found.*, 438 US 726 745-46 (1978); *Virginia State Bd. Of Pharmacy c. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748,760 (1975); *Bigelow c. Virginie*, 421 US 809, 826 (1975); *Miami Herald Publishing Company c. Tomillo*, 418 US 241, 248 (1974); *Time, Inc. c. Hill*, 385 US 374, 382 (1966).

<sup>57</sup>JS Mill, *On Liberty*.

<sup>58</sup>En réalité, la plupart des érudits pensent que la thèse qui soutient la libre comparaison des idées pour atteindre la vérité a ses origines les plus anciennes dans la pensée exprimée par John Milton dans *Aeropagitica* (1644).

<sup>59</sup>K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 131.

<sup>60</sup>Cependant, on ne peut exclure que la théorie du libre échange des idées ne doive pas nécessairement être liée à la recherche de la vérité, si l'on considère que même l'identification de l'erreur peut être considérée comme une avancée au niveau épistémologique, comme le souligne par Schauer dans son article *Response: Pornography and the First Amendment*.

Au fil du temps, le principe développé par Mill a subi d'importantes manipulations. Certes, Holmes a rendu possible le développement d'une théorie du marché libre des idées indépendante de la pensée de Mill, en partant précisément de son opinion dissidente.<sup>61</sup> Holmes estime que le marché libre des idées doit être privilégié, car la pondération incorrecte des valeurs en jeu par les dirigeants pourrait entraîner des conséquences politiques pires<sup>62</sup> que les résultats produits par le marché libre.

Contrairement à Mill, pour Holmes, la préférence de la libre concurrence des idées découle d'un scepticisme radical quant à la capacité de l'homme à juger et à gouverner et est basée sur une évaluation du moindre mal à la communauté. L'opinion dissidente du juge Holmes contient l'idée, en partie apparentée à la philosophie de Mill, que la compréhension humaine est incomplète et fluctuante.<sup>63</sup>

Ainsi, les éléments de la théorie de Mill ont été absorbés et retravaillés, notamment, par un certain courant jurisprudentiel et doctrinal qui s'est occupé de l'interprétation du premier amendement de la Constitution américaine. Ce réajustement a déterminé une première conséquence sur le plan théorique : le Premier Amendement devient la soupape qui garantit, d'un point de vue libertaire, une limite négative à l'étatisation grâce à laquelle le gouvernement ne peut intervenir pour des raisons paternalistes ou redistributives.<sup>64</sup> Malgré la tentative de remodelage, l'application des principes de Mill à un nouveau contexte théorique détermine plusieurs problèmes critiques.

Un premier constat renvoie à l'application et à la traduction du concept de « marché » du champ économique à la théorie des droits fondamentaux : l'association entre économie et théorie des droits qui découle inévitablement de l'emploi du terme « marché » est suggestive, car elle véhicule l'idée que ce qui vaut est déterminé uniquement par la valeur que le marché lui attribue. En d'autres termes, le transfert au domaine philosophique d'un concept élaboré dans le domaine économique peut être interprété

---

<sup>61</sup>En effet, il faut garder à l'esprit que certains savants, pensent surtout à Greenawalt, considèrent l'argument du libre marché des idées distinctement par rapport au critère de la recherche de la vérité.

<sup>62</sup>V. Blasi, *Reading Holmes through the Lens of Schauer: The Abrams Dissent*, p. 1349.

<sup>63</sup>Idem, p. 1345.

<sup>64</sup>K. Sullivan, *Two Concepts of Freedom of Speech*, pp. 145, 148. Cette orientation sera ensuite renforcée et développée par le juge Stevens dans l'opinion en partie concurrente et en partie dissidente de l'arrêt *Citizens United c. Fec*. Sa position sera définie par les universitaires comme le fondement de la signification égalitaire du droit à la liberté d'expression.

comme fonctionnel pour affirmer le concept selon lequel la valeur d'une idée et sa légitimité sociale découlent du processus qui a produit cette idée, plutôt que de la qualité en soi du résultat, c'est-à-dire du contenu de l'idée elle-même.

En conclusion, on peut en déduire que c'est précisément l'influence du scepticisme de Holmes, d'une part, et de l'optimisme anthropologique de Mill, d'autre part, qui affecte la définition de la relation entre la liberté d'expression et la conception de ses limites. En fait, dans la perspective millienne, la liberté d'opinion n'est soumise à aucune restriction - sauf dans le cas où elle produit ou risque de causer des dommages aux droits d'autrui - sinon, l'élaboration conceptuelle qui tourne autour de Holmes considère la restriction de ce droit comme légitime sur la base du «clear and present danger test».<sup>65</sup>

En ce qui concerne le discours négationniste, il serait couvert par le principe élaboré par Mill, comme fonctionnel pour faire ressortir la vérité, tandis que les expressions dans les quelles il n'est pas détectable seraient en dehors des limites internes du droit à la liberté d'expression.

Si Mill avait exclu l'ingérence de l'État dans la recherche de la vérité, étant donné l'impossibilité d'une intervention neutre et déagée d'intérêts particuliers, de nombreux auteurs se sont montrés critiques à l'égard de cet argument. Les positions critiques contre Mill ont remis en question l'obligation de non-ingérence de l'État et ont fait valoir que dans certains cas une forme légère d'intervention de l'État serait souhaitable, car elle pourrait contribuer à la promotion de la vérité, là où elle est considérée comme ayant été atteinte à un niveau suffisant de certitude et dans le cas où l'absence de limitation de la parole pourrait produire des effets néfastes.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup>Dans une partie de la littérature (voir V. Blasi, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*: p. 1355) il y a l'opinion que ce critère représente une *norme* de protection contre les abus de l'État exercés afin de protéger l'ordre public, sécurité nationale, identité politique (et ici revient la méfiance dans les déterminations du pouvoir gouvernemental et un jugement sur la faillibilité des dirigeants politiques). Selon cette même interprétation, la règle du danger concret serait très différente de celle incorporée dans le premier amendement, visant plutôt à protéger les individus et à régler les conflits entre les droits individuels.

<sup>66</sup>K. Greenawalt, *Frees Speech Justifications*, p. 138. Il établit les conditions et les critères selon lesquels toute intervention serait admissible. Il convient d'évaluer s'il est possible d'associer et de chevaucher des lois qui limitent des idées contraires à des vérités scientifiquement constatées avec des choix étatiques d'intervenir au niveau législatif sur certaines vérités historiques. En fait, bien que le but de l'intervention de l'État puisse être différent dans les situations respectives, car l'imposition de vérités historiques par la loi est souvent liée à la volonté de renforcer certaines valeurs morales, il faut souligner

En d'autres termes, (toujours en partant d'une équation avec le marché des biens) comme pour les interventions de l'État au niveau économique, l'État devrait intervenir pour redistribuer le pouvoir de participer au débat public et réglementer les monopoles de l'information là où ils existent, en<sup>67</sup> attribuant des opportunités de communication égales.

Même le crime de négationnisme pourrait être justifié comme un outil pour éviter et limiter les effets néfastes que produit le discours négationniste, comme précisément la discrimination et le climat d'hostilité qui peuvent potentiellement être produits envers la minorité cible du discours.

Mill soutient en général que la liberté d'agir d'un individu ne peut légitimement être limitée que sur la base du principe de la limite du préjudice. Mill l'énonce dans les termes suivants : « l'humanité n'est justifiée, individuellement ou collectivement, de s'immiscer dans la liberté d'action de quiconque que pour se protéger : seule fin pour laquelle on peut légitimement exercer un pouvoir sur tout membre d'une communauté civilisée contre son gré est d'éviter de nuire à autrui ».<sup>68</sup>

Le principe de dommage étant un critère générale, son application peut également être étendue à la liberté d'expression, qui est théoriquement garantie d'une protection renforcée : la parole est en effet configurée comme un acte potentiellement dommageable, qui peut être contrôlé et limité là où se produit ou risque de causer des dommages aux autres.<sup>69</sup> Mill précise que si les expressions deviennent des incitations à commettre des actes criminels, alors l'immunité garantie à la parole est exclue.<sup>70</sup> Le principe du préjudice exige également que le droit à la liberté d'expression soit soumis à certaines limitations.<sup>71</sup> Selon cette interprétation, le spectre de la protection de la liberté d'expression n'exclut donc qu'une forme spécifique de « discours de haine » : l'incitation à la violence.

En revanche, pour le juge Holmes, l'instigation ne représente qu'une des formes de discours qui pose un danger concret et actuel dans le cadre du libre marché des idées.

---

que tant l'anti-scientifique qu'anti- -les thèses historiques sont souvent unies à partir d'arguments conspirationnistes.

<sup>67</sup>K. Sullivan, *Free Speech and Unfree Markets*, pp. 949, 956.

<sup>68</sup>JS Mill, *On Liberty*, p. 32.

<sup>69</sup>J. Maclure, *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, p. 137.

<sup>70</sup>JS Mill, *On Liberty*, p. 64.

<sup>71</sup><https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/>

Par conséquent, Holmes, en adoptant ce critère, restreint davantage le domaine de la parole protégé par la liberté d'expression de pensée et exclut ainsi de la protection tous les discours susceptibles de déterminer un danger concret et actuel de préjudice pour autrui (y compris la propagande d'actes discriminatoires qui pourrait compléter le critère, par exemple).<sup>72</sup>

Cependant, dans l'opinion dissidente dans l' *affaire Abrams c. États-Unis* , il adopte un critère différent limitant la liberté d'expression et précise que pour que ce droit soit limité, le comportement communicatif doit être capable de produire un danger actuel de dommage imminent ou qu'il constitue une tentative de provoquer un tel danger.<sup>73</sup>

Le critère de l'imminence du danger par rapport à celui du « clear and present danger » garantit un déplacement vers le haut du seuil de danger requis aux fins de punir le comportement instigateur, avec pour conséquence l'exclusion du domaine du punissable par les comportements expressifs qui ne sont pas directement liés à la possibilité de dommages.<sup>74</sup>

### 1.3.2 La liberté d'expression comme garantie de la démocratie

Tout d'abord, en traitant de ce principe, il faut présumer que l'argument qui légitime la liberté d'expression fondée sur la démocratie est valable dans un contexte limité, car il présuppose l'acceptation et l'adoption des principes de l'ordre démocratique. Il a donc été défini comme un argument conditionnel, car, impliquant une certaine forme de gouvernement, il n'est applicable qu'à certaines sociétés et pas à d'autres.<sup>75</sup>

La démocratie se caractérise par l'adoption d'un mode de décision collectif. La souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce selon certaines règles et certaines institutions politiques. Or, il existe un autre élément, souvent identifié comme co-essentiel à la forme démocratique : la démocratie implique également qu'il existe un droit individuel à participer au processus politique. Cela garantit au citoyen le droit d'exprimer son opinion, non seulement en exerçant son droit de vote, mais également en prenant part

---

<sup>72</sup>M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1534.

<sup>73</sup> *Abrams c. États-Unis*, 250 US 616 (1919), §§ 53, 54.

<sup>74</sup>A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, pp. 255, 256.

<sup>75</sup>F. Schauer, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, p. 35.



au débat public.<sup>76</sup> L'exercice de ce droit permet la formation d'une opinion publique et la prise de décisions politiques qui ont un impact sur les intérêts individuels et collectifs.

Jusqu'à présent, donc, deux éléments essentiels de la démocratie ont été identifiés; la souveraineté populaire et le droit individuel à la participation politique. Ces éléments sont assurés, selon l'argumentation examinée, par le droit à la liberté d'expression. La nécessité de maintenir et de sauvegarder l'existence d'une démocratie, comprise comme une forme privilégiée de gouvernement, suppose donc que la protection de la liberté d'expression soit garantie. Toujours selon cette justification, elle n'est pas protégée comme une valeur essentielle indépendamment, mais comme fonctionnelle pour garantir un bon niveau de démocratie. En revanche, sur le plan jurisprudentiel,<sup>77</sup> et dans de nombreux instruments de droit international,<sup>78</sup> le lien entre démocratie et liberté d'expression est souvent considérée inséparable, l'un étant indispensable pour assurer l'autre et inversement.

En particulier, des spécialistes faisant autorité sur le sujet<sup>79</sup> ont identifié deux principaux arguments en faveur de la liberté d'expression, comprise, par conséquent, comme un outil indispensable pour garantir un niveau suffisamment élevé de démocratie. En premier lieu, seule une information adéquate permet aux citoyens d'exercer les pouvoirs démocratiques de manière consciente et efficace, afin d'être en mesure d'identifier quels sont les choix importants pour la vie politique. Si l'information et les messages politiques étaient rendus inaccessibles, le citoyen ne serait plus en mesure de prendre des décisions conscientes et le processus politique ordinaire et régulier serait subverti.<sup>80</sup> Restreindre l'accès à une information complète à ceux qui ont le droit de prendre position constitue un obstacle au processus délibératif et nie par conséquent l'exercice conscient du droit de vote lui-même.

---

<sup>76</sup>J. Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, p. 27

<sup>77</sup>Voici quelques arrêts de la CEDH : *Handyside c. Royaume-Uni* [GC], (5493/72) § 49; *Observateur et gardien c. Royaume-Uni*, (55225/14) § 59; *Parti socialiste et autres c. Turquie*, (21237/1993) §§, 41, 45 et 47 ; *Europe centrale 7 Srl et Di Stefano c. Italie* [GC], (38433/09) § 129 ; *Manole et autres c. Moldova* , (13936/02) § 95.

<sup>78</sup>Comité des droits de l'homme, (2011) Observation générale n° 34, article 19 : libertés d'opinion et d'expression. CCPR/C/GC/34

<sup>79</sup>F. Schauer, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, p. 35.

<sup>80</sup>K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 146.

Deuxièmement, la liberté d'exprimer son désaccord, de critiquer et de remettre en question l'activité gouvernementale permet un contrôle externe sur ceux qui exercent réellement le pouvoir gouvernemental. Cela se justifie par le fait que les gouvernants sont une émanation directe de la volonté populaire, à laquelle, sur la base des principes démocratiques, appartient la souveraineté. C'est donc au peuple que les gouvernants doivent rendre compte de leur travail; et le peuple doit toujours avoir la liberté d'exprimer son aversion pour les choix politiques adoptés à l'encontre de ses propres déterminations. Le droit de critiquer, en particulier, représente l'un des principaux instruments de contrôle contre les abus des gouvernants.<sup>81</sup>

L'argument de la démocratie a le plus grand mérite de souligner la liberté d'expression sous le profil passif: c'est-à-dire que la loi prend de l'importance du point de vue passif de l'auditeur appelé à décider, plutôt que du profil actif du locuteur,<sup>82</sup> puisqu'en démocratie, le citoyen dans l'exercice du droit de vote doit pouvoir s'informer afin de se déterminer judicieusement dans les choix politiques qu'il est appelé à faire. Il s'ensuit que la liberté de la presse joue également un rôle très important.<sup>83</sup> En définitive, la liberté des médias doit être comprise comme un moyen supplémentaire de contrôler le respect de la démocratie.

Il ressort du tableau général que, si le critère de justification utilisé est la protection de la démocratie, la liberté d'expression est protégée dans la mesure où elle se réfère à des questions de nature politique. Dès lors, sur la base de l'argument de la démocratie, la limite interne de la liberté d'expression serait particulièrement étroite,<sup>84</sup> car ce critère exclurait du noyau central de protection tout ce qui n'a pas d'intérêt politique. En dehors de cette limite, des restrictions à la liberté d'expression peuvent être introduites. Il est donc aisé de comprendre que l'une des critiques de cette approche est d'attribuer une importance disproportionnée et déséquilibrée au discours politique. Selon un certain courant interprétatif, le plus traditionaliste, seul ce type de discours mériterait d'être protégé : la logique réside dans le fait que, comme expliqué plus haut, la liberté

---

<sup>81</sup>Idem, p. 146.

<sup>82</sup>F. Schauer, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, p. 42; L. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, p. 47 ; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1531.

<sup>83</sup> *Jersild c. Pays-Bas* [GC] (15890/89); *Goodwin c. Royaume-Uni*, (17488/90) § 39; *Le Sunday Times c. Royaume-Uni*, (13166/87) § 50.

<sup>84</sup>F. Schauer, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, p. 44.

inconditionnelle de s'exprimer sur ce sujet, même de manière critique, permettrait un contrôle externe sur les actions des gouvernants.<sup>85</sup>

Ce problème apparaît clairement dans la pensée du philosophe Alexander Meiklejohn, véritable pionnier de l'argument de la démocratie comme justification de la « liberté d'expression ». Il souligne l'importance de la liberté d'expression pour la vie démocratique dans son essai publié en 1945 intitulé *Free Speech and its Relation to Self-Government*. En fait, il limite son analyse à la liberté d'expression dans le contexte du débat public, la définissant comme une « déduction du noyau des principes démocratiques ».<sup>86</sup> Sa réflexion vise à légitimer la liberté d'expression de la pensée contenue dans le premier amendement de la Constitution américaine, dans la dimension de l'autonomie gouvernementale. En particulier, son mérite est justement d'avoir souligné le lien étroit qui existe entre l'autonomie gouvernementale et le discours public.<sup>87</sup>

L'argument tiré de la protection de la démocratie n'était donc pas considéré par ses théoriciens comme un argument absolutiste, qui n'admet pas de restrictions à la liberté d'expression. Au contraire, il a été considéré comme légitime d'exclure certains types de discours, y compris le discours public, de la protection si certaines conditions sont remplies. Selon l'approche classique, des restrictions sont autorisées lorsque le discours cause du tort à autrui ou lorsqu'il représente une menace pour la société (ceci ne clarifie pas la question des critères à adopter pour l'interdire).<sup>88</sup> L'objectif serait strictement lié à la nécessité de protéger la démocratie.

C'est en effet de la peur de la tyrannie de la majorité et du besoin correspondant de protéger la minorité que naît la théorie de la démocratie militante ou protégée: ce concept a été élaboré par Karl Lowenstein dans l'article de 1937 « Militant Democracy and Fundamental Rights »<sup>89</sup>, à l'heure de la montée des régimes autoritaires. Au fil du temps, les chercheurs ont eu l'intention d'utiliser cette expression pour désigner les régimes démocratiques enclins à adopter des mesures préventives et illibérales pour empêcher ceux qui ont l'intention de renverser la démocratie par des moyens démocratiques d'atteindre réellement cet objectif.

---

<sup>85</sup>R. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*.

<sup>86</sup>Idem, p. 27.

<sup>87</sup>La théorisation d'un lien conceptuel entre forum public et démocratie sera développée et élargie un siècle plus tard également dans J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*.

<sup>88</sup>D. Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, p. 477.

<sup>89</sup>K. Lowenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*.

Il y a certes des affinités entre la théorisation de Lowenstein et le « paradoxe de la tolérance » énoncé par Karl Popper en 1945 dans l'ouvrage *La société ouverte et ses ennemis*. La limite à la liberté d'expression doit être placée, selon Popper, contre ces discours qui, en incitant à l'intolérance et à la persécution, menacent la tolérance et les valeurs fondatrices de la démocratie. Comme l'interprète Raphael Cohen - Almagor dans *The Boundaries of Liberty and Tolerance*, on peut soutenir que Popper entendait se référer cependant uniquement aux expressions capables de déterminer une certaine forme de violence physique.

On peut identifier les limites de la liberté d'expression à partir de la fin qui la justifie. Si le but du discours est l'amélioration de la démocratie, alors dans les cas où le premier n'est pas fonctionnel au second, le discours peut être légitimement limité.<sup>90</sup> Il s'agit d'une limite interne à la liberté d'expression avec une justification clairement utilitaire.

Les discours antidémocratiques, en général, et les discours de haine, plus spécifiquement, puisqu'ils ne poursuivraient aucun but utile, se trouvent en dehors de la protection de la liberté d'expression. Dès lors, le discours négationniste fondé sur cette approche serait légitimement restreint non seulement au cas où il est configuré comme incitation à la haine, mais aussi au cas du simple négation. C'est-à-dire que puisque la liberté d'expression est fondée sur la démocratie et que le négationnisme véhicule un message antidémocratique et antisémite, un tel discours sortirait du cadre externe du droit à la liberté d'expression.

### 1.3.3 Liens conceptuels entre le principe d'autonomie et la liberté d'expression : une justification fondée sur l'autonomie individuelle

Le principe fondé sur l'autonomie place l'individu au centre,<sup>91</sup> assure la diversité des associés, garantissant à l'individu la liberté d'exprimer des opinions dissidentes. L'argument en faveur de l'autonomie est basé sur la pensée du philosophe Thomas Michael Scanlon, élaborée dans l'article *A Theory of Freedom of Expression* de 1972.

---

<sup>90</sup>M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1533.

<sup>91</sup>F. Schauer, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, p. 61; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1535.

Bien que Scanlon considère sa théorie comme une extension naturelle de la thèse de Mill, par rapport à cette dernière, cependant, il existe une différence substantielle: la théorisation de Scanlon vise à protéger le droit même à la liberté d'expression, indépendamment de tout effet extérieur.

Le concept d'autonomie chez Scanlon doit être compris dans la dimension active dans un double sens: d'une part, la liberté du locuteur de dire ce qu'il veut; d'autre part, la liberté de celui-ci d'accéder à toutes les informations nécessaires à sa propre autodétermination.<sup>92</sup> Il s'agirait donc d'une souveraineté absolue sur ses choix.<sup>93</sup> La centralité attribuée au concept d'autonomie<sup>94</sup> implique une conception de l'homme comme un sujet indépendant dans la détermination de sa propre décision.

L'homme est libre de ses choix, car par la stipulation d'un contrat social il a été établi que la dignité de chacun était aussi garantie par la liberté d'exprimer ses opinions.<sup>95</sup> Dès lors, le lien entre dignité et liberté d'expression révèle le lien logique entre l'individu et la pensée: la valeur de l'individu et la reconnaissance de sa dignité d'homme dépendent précisément de la possibilité d'exprimer librement son opinion. Attribuer une valeur égale aux opinions individuelles, c'est considérer les individus de manière égale au sein de la société. De ce raisonnement, fondé sur le postulat que la dignité doit être respectée en garantissant à l'individu la possibilité de s'exprimer, on peut déduire que celui qui exprime son opinion occupe une position privilégiée par rapport à la position qui est assurée au même sujet par d'autres arguments.

La thèse qui soutient l'interdépendance rapportée ci-dessus entre dignité et liberté d'expression, sur la base de laquelle on suppose que la dignité elle-même est réalisée et protégée par la parole, entraîne la nécessité de démontrer sur la base d'une évaluation des coûts que les dommages causés par le "discours de haine" sont moindres que les

---

<sup>92</sup>J. Maclure, *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, p. 136.

<sup>93</sup>Schauer dans son ouvrage consacré à la liberté d'expression souligne que la théorie développée par Scanlon justifie le droit à la liberté d'expression sur la base d'une notion de souveraineté absolue sur les choix individuels de la personne.

<sup>94</sup>Joel Feinberg définit le concept d'autonomie comme le droit de faire des choix et de décider, la qualifiant de valeur fondamentale pour préserver la capacité de vivre dans le respect des choix faits par chacun de nous. Voir J. Feinberg, *Harm to Self*.

<sup>95</sup>La considération de l'homme comme agent intrinsèquement autonome et rationnel trouve sa plus haute théorisation chez Kant, explicitement rappelée par Scanlon.

dommages causés par son interdiction (ce qui porterait atteinte à l'autonomie et à l'autodétermination individuelles).<sup>96</sup>

Scanlon construit sa réflexion sur la liberté autour du principe de préjudice de Mill, c'est-à-dire comme un principe général qui régule et restreint l'action du gouvernement contre l'individu, et qui légitime en même temps l'intervention de l'État dans certaines circonstances,<sup>97</sup> sans que ce soit l'autonomie, l'égalité et la la rationalité des individus soumis à l'autorité de l'État sont atteintes. Ce même principe est ensuite également étendu à la liberté d'expression, car il est considéré comme le plus approprié en raison de l'absence de référence à des classes particulières de droits, ou à la manifestation d'expressions dans des domaines spécifiques de la société (comme l'argument fondé sur la démocratie).<sup>98</sup>

La question la plus épineuse relative à la théorisation du principe de dommage telle que formulée par Scanlon concerne la question de savoir si les discours qui persuadent, incitent ou encouragent à commettre des actes nuisibles doivent ou non être punis. Scanlon semble affirmer clairement que certains actes d'expression doivent rester en dehors de l'ingérence de l'État, malgré le fait qu'ils causent des dommages importants.<sup>99</sup> Rosenfeld soutient que l'argument fondé sur l'autonomie exige également le respect de la dignité et de l'égalité de l'auditeur, qui pourrait, au contraire, se trouver dans une relation de subordination et d'oppression par rapport à l'orateur.<sup>100</sup> Par conséquent, cette orientation estime qu'une telle approche doit admettre la restriction du discours de haine comme légitime, dans la mesure où cela porte atteinte à la dignité et à l'autonomie des destinataires des messages.<sup>101</sup>

---

<sup>96</sup>F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, p. 62.

<sup>97</sup>JS Mill, *On Liberty*, chap II .

<sup>98</sup>TM Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 215.

<sup>99</sup>R. Amdur, *Scanlon sur la liberté d' expression* , p. 288.

<sup>100</sup>M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence* , p. 1562. L' auteur écrit: « Compte tenu de la discussion précédente sur la justification par l'autonomie, il est évident qu'elle va de pair avec une interdiction du discours de haine tant que l'autonomie des locuteurs et des auditeurs se voit accorder un poids égal. En d'autres termes, si l'autonomie est considérée comme exigeant la dignité et la réciprocité, alors elle exige l'interdiction du discours de haine comme une confrontation avec les droits fondamentaux de ses cibles ".

<sup>101</sup>Idem, p. 1535, 1536.

Les deux arguments semblent soutenables, selon la perspective que l'on adopte. Si le point de vue qui prévaut est celui de l'orateur, alors l'interprétation originale de Scanlon sera acceptée ; dans le cas contraire, et c'est en considérant la protection de l'autonomie du destinataire de la communication comme tout aussi importante, alors l'interdiction du "discours de haine" doit être considérée comme recevable, dans la mesure où elle porte atteinte à la dignité de la personne offensée. Il en va de même pour le négationnisme, si l'on ne considère que le point de vue de l'orateur alors il doit être considéré comme couvert par le droit à la liberté d'expression, si l'on considère plutôt le point de vue de l'auditeur, alors le négationnisme pourrait être considéré comme préjudiciable à l'autonomie du destinataire du message qu'il serait forcé d'écouter une version mystificatrice de l'histoire qui porte atteinte à sa dignité, qu'il appartienne au groupe minoritaire ou en tant qu'être humain.

## 1.4 Le cadre européen en matière de négationnisme

Le choix de l'État d'introduire le crime de négationnisme ne répond pas à une obligation de droit international. Néanmoins, le négationnisme a fait, dans de nombreux pays, l'objet d'interventions réglementaires à caractère criminel en raison de sa « bidimensionnalité », en raison de « sa navette le long de la trajectoire historique et politico-idéologique ». <sup>102</sup>

Il convient toutefois de souligner que le droit international des droits de l'homme, tel qu'il est consacré dans les principaux instruments internationaux en la matière, <sup>103</sup> n'attribue pas une valeur absolue à la liberté d'expression, au contraire admet sa limitation: en principe c'est donc légitime prévoir une norme en droit international qui limite la liberté de questionner ou de nier certains événements historiques.

L'élaboration de ces délits d'opinion, dits « atypiques », <sup>104</sup> repose principalement sur l'identification subjective de l'agent à l'idéologie raciste et nazie. <sup>105</sup> Les premiers à

---

<sup>102</sup>D. Caputo, *La "Menzogna di Auschwitz", le "Verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, p. 6.

<sup>103</sup>Tout d'abord, l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

<sup>104</sup>L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, p. 77.

<sup>105</sup>M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, p. 41.

avoir introduit une législation visant à criminaliser la conduite des négationnistes sont les États qui ont activement participé à l'extermination des Juifs pendant la Seconde Guerre mondiale et cette décision doit donc être interprétée comme une tentative d'assumer la responsabilité morale des crimes qui leur sont imputés. Le crime de négationnisme répond à ce besoin, garantissant le respect du « pacte éthique » sur lequel ces États se sont établis après la Seconde Guerre mondiale. A partir de sa formulation originelle, jusque-là restreint à la seule contestation de la *Shoah*, le crime de négationnisme a connu un élargissement progressif de son champ d'application.<sup>106</sup> Cet élargissement a peu à peu inclus la négation d'autres événements historiques,<sup>107</sup> jusqu'à prendre la forme d'un cas ouvert, c'est-à-dire capable d'absorber en interne la négation d'autres crimes internationaux progressivement qualifiés comme tels par les juridictions nationales ou supranationales. Cette tendance a été encouragée et soutenue par le protocole additionnel à la convention internationale sur la cybercriminalité<sup>108</sup> et la décision-cadre de l'UE de 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.<sup>109</sup>

Ensuite, une autre dichotomie doit être soulignée: d'un côté, les États qui sanctionnent purement et simplement la négation de la Shoah (France et Autriche); d'autre part, les États qui punissent le négationnisme dit "conditionné", décidant de ne sanctionner que les comportements expressifs qui obtiennent ou visent à obtenir certains effets.<sup>110</sup> D'une manière générale, on peut souligner que l'ensemble du système européen, tant celui conventionnel que celui des jurisprudences constitutionnelles internes, s'achemine vers une uniformisation au regard des dispositions de la décision-cadre de 2008 « relative à la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et la xénophobie par le biais du droit pénal visant à obliger les États nationaux à adopter des mesures contre le racisme et la xénophobie ». L'adoption d'une décision-cadre qui invite les États à opposer négationnisme et droit pénal dénote une tendance du législateur européen à véhiculer certaines valeurs identitaires également par l'intervention criminelle.

---

<sup>106</sup>Les premières fois à faire ce choix, ce sont la Suisse et le Luxembourg. Leur choix politique d'introduire une sorte d'extension du champ d'application de la législation s'explique par leur « neutralité » historique au niveau géopolitique.

<sup>107</sup>En particulier, cette expansion a eu lieu entre la fin des années 90 et le début des années 2000.

<sup>108</sup>STE n° 185. Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, 23 novembre 2001.

<sup>109</sup>Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008.

<sup>110</sup>N. Droin, *Etat des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit paru*, p. 369.



Cependant, il convient de noter que les arrêts constitutionnels et les lignes directrices les plus récentes de la Cour européenne des droits de l'homme vont dans le même sens, se montrant plus enclins à élever le *niveau* de protection de la liberté d'expression, tentant en même temps de satisfaire les demandes de la politique législative qui privilégie plutôt un renforcement des soi-disant principes d'égalité et de dignité (contre-intérêts).

Le cadre législatif et jurisprudentiel existant au niveau européen est marqué par l'expérience commune de la Seconde Guerre mondiale et de la déportation des Juifs: ce passé rend la question si sensible, tant pour les législateurs nationaux qu'européens, qu'elle justifie un retrait de la protection même par rapport à un droit bien établi dans la tradition juridique européenne comme celui à la liberté d'expression (bien qu'il n'ait pas la même valeur que lui attribue l'expérience américaine).

Il faut, en effet, souligner que les choix du législateur et des juges se fondent sur une décision-cadre européenne très importante, qui impose aux États membres l'obligation d'insérer une loi pénale punissant « l'apologie, le négationnisme, la minimisation de crimes internationaux, crimes contre l'humanité et génocides tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale, dirigés publiquement contre un groupe de personnes, ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, à la religion, à l'ascendance ou à l'origine nationale ou ethnique, lorsque les comportements sont accomplis d'une manière susceptible d'inciter à la violence ou à la haine envers ce groupe ou l'un de ses membres ».

Le pivot de la loi réside dans le seuil de sévérité requis : les comportements ne sont punis que dans la mesure où ils atteignent le seuil d'incitation à la violence ou à la haine. Avec cette formulation, le législateur européen renonce à punir le comportement lorsqu'il n'y a pas un lien suffisamment étroit entre le comportement et les effets externes qui peuvent potentiellement être produits. Par conséquent, la simple négation du fait constaté ne suffit pas. Néanmoins, l'ingérence dans l'autonomie de l'État est forte, tout comme la pression exercée sur les juridictions supérieures, qui sont de toute façon liées à une interprétation non contraire au droit européen, dans le sens de ne pas pouvoir garantir une augmentation de la norme de protection du droit à la liberté d'expression au détriment de l'effectivité de cette règle.

Si, par conséquent, les décisions des différentes juridictions supranationales vont toutes dans le sens tracé au niveau européen, le fonctionnement herméneutique qu'elles ont suivi varie et reflète la hiérarchie des valeurs différente existant au sein de leur propre système, ainsi que le paysage politique et le contexte historique sur laquelle cette décision

s'inscrit. En particulier, l'aspect le plus complexe concerne l'identification de la propriété juridique protégée par la norme qui sanctionne le négationnisme.

Par exemple, en Allemagne, le négationnisme a été attribué à diverses infractions pénales, y compris le soi-disant "discours de haine" prévu par l'article 130 du code pénal et le bien juridique protégé a été interprété par la Cour constitutionnelle fédérale comme coïncidant avec la réputation d'un groupe. En France, cependant, selon le Conseil constitutionnel, le bien juridique protégé par la loi qui criminalise le négationnisme coïnciderait avant tout avec l'ordre public. Le Tribunal constitutionnel espagnol, quant à lui, s'est référé à deux biens juridiques différents pour légitimer la restriction de la liberté d'expression: la dignité et l'ordre public. Dès lors, on peut dire que les différentes juridictions supérieures dans leurs opérations herméneutiques se réfèrent à différents critères de justification, recourant aussi très souvent à plusieurs critères de justification dans une même peine.

Un autre aspect qui demande de la clarté et qui a suscité un large dialogue tant dans la littérature que dans la jurisprudence (notamment celle française et celle de la CEDH) est celui relatif à la nécessité d'une reconnaissance juridique du génocide arménien afin que le domaine de la punition de la loi s'étende pour inclure également cette forme de négationnisme. La CEDH utilise le critère des "faits historiques clairement établis" pour tracer la frontière entre ce qui est à l'intérieur et ce qui est à l'extérieur du droit à la recherche scientifique et qui peut donc être remis en cause. Il ne croit pas que ce niveau de certitude soit atteint sur le génocide des Arméniens, et cette conviction semble découler implicitement de l'absence de reconnaissance juridique de la qualification de génocide par une instance judiciaire. Le Conseil constitutionnel français suggère que la déclaration d'inconstitutionnalité du projet de loi n. 878 de 2016 - qui étendait la négation même au génocide des Arméniens, s'il atteignait le seuil du discours de haine - reposait précisément sur l'absence de reconnaissance préalable du crime de génocide par un organe judiciaire supranational.

Par conséquent, d'une part, nous assistons à une tendance de l'UE à reculer la frontière de la protection de la liberté d'expression pour empêcher la formation d'un climat de haine au sein de la société, interférant avec l'autonomie de l'État, d'autre part, nous observons la position de certaines juridictions, comme la CEDH et le Conseil constitutionnel français, qui vont encore plus loin en termes de restrictions à la liberté d'expression et admettent la criminalisation du "simple" négation de la *Shoah*, sur la base d'une risqué équation entre le discours qui nie la *Shoah* et l'incitation à la haine raciale.

Cette position n'apparaît pas partagée, car elle conduit à déformer le cas de l'incitation à la violence et ouvre la voie à un élargissement de son application, avec un retour vers des conduites qui ne sont effectivement pas aptes à produire des effets externes potentiellement nocifs.

L'appréciation de l'état de bien-être de la liberté d'expression au niveau européen ne peut cependant faire abstraction de la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, qui va dans le sens d'une plus grande protection de la liberté d'expression, à laquelle s'oppose la législation des États membres de l'UE États avec la transposition de la décision-cadre de 2008.

## 1.5 Comment contrer le négationnisme aujourd'hui

Avec l'avènement d'internet, d'autres formes de négationnisme sont nées, qui, précisément en raison de leurs traits communs avec le négationnisme classique ont été définies comme négationnisme "de troisième génération".<sup>111</sup> Le négationnisme classique lui-même a changé ses connotations dans une tentative de se conformer aux règles de l'*internet*. Elle a donc de plus en plus assumé, comme nous le verrons, les caractéristiques des *fake news*. Si à première vue cette association peut sembler non pertinente, certaines observations peuvent nous faire réfléchir en sens inverse.

Bien que les lois des pays occidentaux aient tendance à traiter le négationnisme comme un discours de haine plutôt que comme un faux discours, il convient de noter que tant dans la décision de la Cour constitutionnelle allemande <sup>112</sup>que dans la procédure pénale contre le denier Ernst Zundel,<sup>113</sup> un raisonnement a été avancé qui partirait d'une interprétation du discours de négation comme un faux discours: en particulier, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré qu'un tel discours consisterait en une fausse

---

<sup>111</sup>Idem, p. 335.

<sup>112</sup> Bundesverfassungsgericht, 13 avril 1994, BVerfGE 90, 274.

<sup>113</sup> Zundel a été accusé d'avoir enfreint l'article 181 du Code criminel qui punit la propagation d'idées fausses (abrogé plus tard en 2019) pour avoir publié deux brochures *Did Six Million Really Die?* et *The West, War and Islam*. Même si le délit de propagation d'idées fausses n'a pas été invoqué tel qu'il est écrit sur son site, mais plutôt le délit d'incitation à la haine, il convient de souligner que le site *Zundel*, contenant des informations de négation, représente l'un des exemples les plus réussis de diffusion de idées de négation.

déclaration d'un fait et non en l'expression d'une opinion. Dès lors, on voit l'interprétation du discours négationniste s'affirmer comme un faux discours, ce qui permet à son tour son chevauchement conceptuel avec un autre type de discours négationniste, celui qui nie les vérités scientifiques, qui représente une forme de ce que l'on appelle la « troisième génération du négationnisme ».

En restant à un niveau formel, nous pouvons dire que ce qui nous pousse vers une telle équation est l'utilisation du terme "négationnisme" également en référence à ceux qui nient l'existence d'une pandémie de Covid19. Bien qu'il s'agisse d'un négationnisme scientifique et non d'un négationnisme historique, un terrain d'entente peut être trouvé dans l'utilisation de la théorie du complot. Tout complot suppose un négationnisme de réalité, puisqu'il rejette une certaine interprétation des faits.

Néanmoins, le complot suppose, mais ne finit pas, par réfuter des faits établis : en effet, ces nouvelles formes de négationnisme considèrent le négationnisme fonctionnel pour proposer une vérité alternative, qu'il faudrait mieux qualifier de « croyance », plutôt que de vérité, car le détachement de la représentation qu'il propose par rapport à la réalité.<sup>114</sup> La "croyance" repose sur la suspicion radicale et systématique de vérités historiquement ou scientifiquement établies, qui s'insinue sciemment dans l'esprit de celui qui écoute ou lit, en s'appuyant sur des sentiments et des peurs. Le résultat que nous entendons atteindre est de démolir la légitimité du pouvoir central, qui est représenté comme un organe qui exerce un contrôle sur les individus, limite les libertés individuelles et dont la délégitimation est invoquée (voir aussi le mouvement américain QAnon qui a idéologisé la crise sanitaire et fait un large usage des théories du complot).<sup>115</sup> Ainsi, un premier aspect d'affinité avec le « négationnisme de troisième génération » concerne la méthodologie.

Si l'antisémitisme caractéristique du négationnisme différencie ce dernier phénomène du soi-disant « négationnisme de troisième génération », l'effet premier et plus superficiel sur la société des deux phénomènes est commun: celui de discréditer et de délégitimer l'information la plus compétente et faisant autorité et au même temps

---

<sup>114</sup>N. Martellozzo, *Il dubbio, il sospetto e la credenza. Note di antropologia sul negazionismo*, Dialoghi Mediterranei - <https://www.istitutoeuroarabo.it/DM>

<sup>115</sup>La théorie du complot s'est répandue aux États-Unis à partir de 2017, selon laquelle il existerait un *deep state*, organisé en un réseau mondial composé de personnes influentes et voué à la pédophilie et au satanisme, contre lequel Donald Trump se battrait pour instaurer un nouvel ordre mondial.

d'exploiter les sentiments les plus irrationnels des individus afin de saper la capacité des individus à discuter rationnellement dans la sphère du débat public. Cette ouverture à l'irrationnel permet d'enraciner dans la société une interprétation mystifiée de la réalité. Par conséquent, le mécanisme de fonctionnement est le même, bien que la négation de *l'Holocauste* ait ses spécificités, qui doivent être prises en considération.

Dans ce cadre, on ne peut négliger l'interférence avec le phénomène des "fake news". Selon certains commentateurs, l'un des éléments centraux des *fake news* est leur caractère délibérément trompeur: en ce sens, on peut dire que même le négationnisme vise intentionnellement à tromper le lecteur. Cependant, la nature de l'intention est différente: alors que le but ultime des négationnistes est de communiquer des sentiments antisémites à travers une interprétation déformée, sinon entièrement inventée, de l'histoire et la reconstruction des faits tels qu'attestés par l'historiographie, le but des auteurs de *fake news* est précisément de présenter un fait comme une nouvelle.<sup>116</sup> En ce sens, cependant, on peut dire que si l'on prend le désir de tromper comme un élément constitutif essentiel, alors le négationnisme peut certainement être configuré comme une forme de *fake news*.<sup>117</sup>

Un autre élément constitutif des *fake news* réside dans le fait que de fausses informations doivent être diffusées via *internet*. Comme nous avons déjà eu l'occasion d'argumenter, avec l'avènement d'internet le lieu d'élection des négationnistes de la communication n'est plus l'imprimé, ni les conférences, ni les process, mais le Net, où justement les énergies des négateurs convergent. Notamment, comme pour les *fake news*, le source de vie vient des *social network*.

---

<sup>116</sup> Idem, p. 210.

<sup>117</sup> Considérons pour les besoins de ce travail la définition élaboré par G. Anderau, *Fake news* : les fake news "sont des informations trompeuses publiées intentionnellement et présentées comme des nouvelles qui ont pour fonction de tromper délibérément leurs destinataires sur leur statut de nouvelles", mais nous privilégions ce qui suit définition: "'fake news' comme la publication en ligne de fausses déclarations de fait intentionnelles ou sciemment" présente dans D. Klein, J. Wueller, *Fake News: A Legal Perspective*, p. 8. Une autre tentative de définition intéressante est celle faite par M. Verstraete, DE Bambauer, JR Bambauer, *Identifying and Countering Fake News*. Les auteurs choisissent de classer les "fake news" en les divisant en catégories selon les critères suivants: motivation et intention de tromper de la part de leurs créateurs. Sur la base de cette méthode, quatre catégories sont identifiées: la satire, les canulars, la propagande et le troll.

A partir de cette symétrie sur le plan phénoménologique, il est possible de tenter une reconstruction systématique au niveau des remèdes applicables face au déploiement envahissant du phénomène. Le postulat est que, comme nous l'avons souligné plus haut, le phénomène des *fake news*, ainsi que les différents types de négationnisme, ont lieu sur *Internet*, et donc tout outil contrasté doit être mesuré par rapport à ce moyen spécifique de diffusion des idées. En particulier, alors, il faut considérer que l'outil privilégié aux fins de la propagande du négationnisme sont les *social network*. C'est donc dans ce contexte que tout recours doit être appliqué.

Mettre en place des mécanismes capables de déterminer la responsabilité des *social network* et des plateformes numériques responsables de la diffusion des « canulars » est certainement une voie à suivre, sans préjudice des problèmes liés aux risques que ce système peut comporter en termes de censure privée.<sup>118</sup>

Le développement d'outils déterminant la responsabilité du prestataire social sur *Internet* suppose la constatation d'un dommage potentiel résultant de la diffusion de certaines idées. En ce qui concerne les *fake news*, les dommages identifiables peuvent être ceux à la réputation des personnes touchées par les *fake news*, mais aussi les dommages plus généraux, ou mieux sociaux, liés à la perte de la capacité de la société à tenir un discours rationnel basé sur des informations suffisamment précises, ou en tout cas collectées avec un mécanisme de vérification des faits.<sup>119</sup> Il s'agit donc d'une valeur qui appartient à la communauté et qui fait partie de la vie démocratique.

La référence aux biens juridiques de dimension individuelle, d'une part, collective ou générale, d'autre part, est liée à la question relative à la propriété juridique protégée par le négationnisme. On retrouve là aussi la notoriété des individus (même dans la dimension du groupe) et un intérêt général à préserver la société de la propagation d'idées antisémites et donc antidémocratiques.

Mais il y a aussi un *quid pluris* qu'il faudrait peut-être expliquer plus clairement. La *Shoah*, objet de négationnisme, est un événement historique qui a marqué l'identité

---

<sup>118</sup>Sur l'opportunité d'introduire une régulation des médias sociaux, voir J. Balkin, *Free speech in the Algorithmic Society*; Id. *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*; Id. *Old-School/New-School Speech Regulation*; M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms*; Id., *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*.

<sup>119</sup>Cette position contraste avec la thèse de ceux qui estiment qu'un citoyen vivant dans un État démocratique est capable de faire face au non-fondé de telles théories et est donc spontanément conduit à les rejeter, de sorte que leur diffusion ne pourra jamais constituer une menace pour une démocratie stable.

d'un peuple et sa reconnaissance sociale et officielle permet sa réélaboration, le dépassement du traumatisme collectif et, enfin, la non-répétition de l'événement. Le nier, comme nier sa reconnaissance, c'est bloquer ce processus de réélaboration, rejeter le trauma, s'opposer à la formation de cette mémoire collective qui est la meilleure garantie contre la non-réitération. En d'autres termes, cela signifie ouvrir la voie à la possibilité qu'une fois le même climat de haine atteint, ce même crime puisse être commis à nouveau.

En un mot, nier la Shoah, c'est affirmer sa possible répétition future. Pour cette raison, le négationnisme - qui est toujours un négationnisme de type ontologique, car il nie l'existence d'une réalité - en tant que phénomène social requiert la plus grande attention.

Toujours aux fins d'une réflexion plus précise sur les recours, il est nécessaire de distinguer les différentes formes que peut prendre le discours négationniste: d'une part, les sites qui contiennent une série de théories pseudoscientifiques, dont l'objectif final est de démontrer que les chambres à gaz n'ont jamais existé et ils n'ont pas un style agressif; d'autre part, les propos purement et ouvertement antisémites et négationnistes exprimés dans les publications sur les *social network*, tels que Twitter ou Facebook, qui contiennent des invectives et des délits et qui, par conséquent, s'apparentent davantage à des discours de haine classiques.

Il s'ensuit que, compte tenu des particularités spécifiques du négationnisme, même les outils contrastés doivent être pensés en fonction de la forme différente prise par ce phénomène. L'un des aspects les plus trompeurs est certainement représenté par la difficulté pour l'internaute, souvent inexpérimenté, qui tombe sur des contenus négationnistes (en particulier dans ces pages web qui tentent de proposer une version inverse de l'histoire), à reconnaître et à savoir se distancier du contenu auquel il est passivement soumis.

En ce sens, il doit être considéré comme essentiel d'informer et d'éduquer le "citoyen de l'internet", *notamment* par le biais de campagnes de sensibilisation. Informer, éduquer, faire connaître le sentiment de haine sous-jacent et caché derrière les thèses du négationnisme reste une priorité. L'intervention législative sur la responsabilité civile, en effet, étant focalisée sur le dommage, est mal adaptée à la prévention de la diffusion des idées sur internet, qui nécessite au contraire une intervention précoce, par précaution, pour qu'elle puisse être efficace. Pour cela, il peut être utile de penser à un système de collaboration horizontale entre les utilisateurs des plateformes et les plateformes elles-mêmes. La convergence de ces deux forces pourrait renforcer le mécanisme qui part du

signalement du citoyen, suivi ensuite de la notification de la plateforme *web* aux autres utilisateurs via l'apposition de l'« avertissement de contenu ».

L' " avertissement de contenu " est un avertissement écrit ou oral qui permet à l'utilisateur de donner métaphoriquement son consentement à ce qui est sur le point d'être placé sous son attention. Cet outil a pour fonction première de prévenir tout traumatisme pour ceux qui sont déjà en situation de victimisation, comme appartenant à une minorité discriminée. En même temps, ce mécanisme garantirait le respect de la liberté d'expression.

Si un usage en ce sens est correct au regard des messages manifestement négateurs présents sur les *social network*, qui ont un contenu agressif, susceptible d'offenser le groupe "cible", le cas de sites, comme le "CODOH" (Comité pour un Débat Ouvert sur l'Holocauste), qui ont un ton dit froid et, par conséquent, sont dépourvus de cette convenance nuisible qui caractérise au contraire la plupart des post-négationnistes présents sur les *social network*. Dans ce cas le « content warning » aurait une fonction supplémentaire, à savoir avertir l'utilisateur du contenu trompeur auquel il est confronté, ainsi que prévenir une double victimisation des minorités.

La nécessité d'un système consensuel de cette nature s'impose pour diverses raisons, toutes dues à la nature du support (internet) avec lequel ces idées sont exprimées: par exemple, même si le contenu négationniste est supprimé, ceci, comme tout contenu exprimé en ligne, pourrait réapparaître après un certain temps, et un tel retour serait totalement imprévisible.<sup>120</sup>

La raison qui nous amène à opter pour l'utilisation de l'« avertissement de contenu » est que certains contenus, même s'ils ne sont pas d'une gravité telle qu'ils atteignent le seuil d'incitation à la violence, sont néanmoins aptes à produire une infraction contre des catégories de sujets appartenant à des minorités discriminées.<sup>121</sup> Il existe cependant quelques contre-indications. D'une part, un tel mécanisme pourrait être trop lourd et intervenir à un stade trop avancé, alors que les idées négationnistes ont déjà atteint un grand nombre de personnes, d'autre part, s'il devait atteindre le seuil de l'incitation à la

---

<sup>120</sup>G. Ziccardi, *Il contrasto dell'odio online: possibili rimedi*, p. 42.

<sup>121</sup>Ces infractions prennent diverses formes. Les manifestations de haine en ligne peuvent provoquer un sentiment de dénigrement, un manque d'estime de soi, des dommages psychologiques, une marginalisation ou un *silence*, consolider les stéréotypes sur l'appartenance à un groupe minoritaire spécifique.



violence, les lignes directrices de ces plateformes prévoient déjà des mécanismes de suppression assez efficaces, qui, au contraire, interviennent en anticipant la protection à un moment si antérieur que l'on craint qu'il ne s'agisse de censure privée.

Le problème qui subsiste vis-à-vis de cette approche est celui de la formation d'un pouvoir de censure privé qui régit la circulation de l'information. Le risque est qu'un système de contrôle soit créé, sans qu'il y ait un organe qui supervise la sélection des contenus par les *social network*.

## 1.6 Conclusion

Si l'histoire est au cœur du crime de négationnisme, il y a d'autres aspects non moins importants dont il faut tenir compte pour comprendre le phénomène. Des études sur le sujet ont montré que les formes de négationnisme les plus invasives et les plus efficaces se déroulent principalement en *ligne* et n'ont pas nécessairement les caractéristiques du discours de haine, ayant plutôt l'ambition de revêtir un caractère pseudo-scientifique. Par conséquent, il n'est pas toujours facile d'identifier l'intention dénigrante envers les Juifs. Dans ce cas, c'est-à-dire lorsque le discours ne véhicule pas ouvertement un message de haine, je crois que ces formes d'expression doivent rester en dehors de l'intervention de la loi. En fait, dans la plupart des cas, ce sont des sites qui ont tendance à ne transmettre que des idées fausses et qui trouvent des profils de similitude avec le phénomène des *fake news*.

Si le négationnisme dans son cadre classique n'était pas comparable aux *fake news* avec l'avènement d'*internet* celui-ci a de plus en plus assumé les caractéristiques de ce phénomène, pouvant ainsi être assimilé à une véritable forme de *fake news*. A y regarder de plus près, en effet, elle partage ses éléments essentiels, et selon certains commentateurs elle en constitue la matrice, partageant avec le phénomène des *fake news* (ou les soi-disant « faits alternatifs » ou « post-vérités ») l'attaque contre pouvoir selon une méthodologie déconstructiviste.<sup>122</sup> De plus, les deux phénomènes fondent leur structure conceptuelle sur la théorie du complot. Néanmoins, au-delà des traits communs, le négationnisme a en soi un *quid pluris*, représenté par l'objectif de réhabilitation du nazisme par le désaveu de la valeur commune passée et fondatrice de l'État de droit.

En un mot, cela signifie que nier la *Shoah*, c'est affirmer sa possible répétition future. Pour cela, le négationnisme en tant que phénomène social requiert la plus grande attention. Et surtout il faut réfléchir aux remèdes que nous avons essayé de mettre en évidence ici. Il ne suffit pas de proclamer le droit pénal comme s'il était la panacée à tous les maux du monde : en effet, l'expérience montre qu'il n'est pas le remède le plus efficace face à un phénomène aussi complexe que le négationnisme, qui à son tour recoupe d'autres discours limites et qui a

---

<sup>122</sup>E. Fronza, *Il negazionismo di terza generazione. Dalla tutela della memoria alla tutela della verità?* p. 330.

des racines si profondes dans notre société. Voici donc une réflexion sur d'autres recours, de nature légale ou extra-judiciaire.

Certes, former des citoyens plus conscients est un objectif qu'il faut se fixer, mais ce n'est pas suffisant. Le fait que le négationnisme ait internet pour lieu d'élection exige que même les instruments de contraste soient adaptés à ce contexte. Mais un mécanisme de protection entièrement replié sur la confiance dans la capacité de discernement et dans les compétences de l' *internaute* est-il suffisant, sans jamais intervenir du côté actif, c'est-à-dire du côté de l'orateur et non de l'auditeur ? Eh bien, nous avons essayé de réfléchir à cet aspect, en testant l'efficacité de mécanismes déjà existants qui pourraient être réajustés pour lutter contre le négationnisme sur le web.

Par exemple, la même stratégie de contre-discours peut être appliquée sur internet, obligeant les moteurs de recherche à ajouter - dans les résultats de recherche - des sites qui rapportent des thèses négationnistes, des pages qui renvoient à des thèses opposées, c'est-à-dire des thèses historiquement avérées. Cette méthode peut fonctionner pour les sites et les pages qui contiennent des théories pseudo-scientifiques, mais pas pour les messages Facebook ou Twitter qui contiennent des arguments de négation, accompagnés d'invectives contre les Juifs. Dans ce cas, la suppression est nécessaire, mais la stratégie mise en place par les *réseaux sociaux* avec leurs lignes directrices peut déjà être suffisante.

Ce qui doit être amélioré, ce sont les mécanismes d'imputation de la responsabilité des intermédiaires numériques pour les contenus illicites publiés sur leurs plateformes. Cependant, il s'agirait encore d'une intervention *ex post*, qui intervient sur les effets produits par le comportement illicite, en l'absence d'une obligation de contrôle *ex ante* des contenus par les réseaux sociaux. Certes, l'imposition de cette obligation pourrait faciliter une surveillance plus prudente par les *social network* pour éviter d'encourir des sanctions en cas de dommages aux victimes.

En conclusion, notre étude a révélé que la criminalisation du négationnisme ne peut être légitimé que dans les cas où il atteint le seuil de l'incitation à la violence. Dans tous les autres cas, le négationnisme devrait relever de la protection de la liberté d'expression. Nous avons montré que l'intervention du droit pénal dans ce domaine précis est non seulement illégitime, mais aussi inefficace en termes de coûts-avantages. L'étude des recours alternatifs au droit pénal a vu le jour. Ces remèdes doivent cependant être réajustés par rapport à la communication *en ligne*, dans laquelle se déroulent la plupart des manifestations de négationnisme. De toutes, la stratégie du contre-discours, surtout si elle est adaptée au monde numérique, apparaît comme la méthode la plus efficace.

## Bibliografia

Agamben G., *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998.

Amdur R., *Scanlon on Freedom of Expression*, in «Philosophy & Public Affairs», vol. 9, 1980, 3, pp. 287-300.

Atkins S., *Holocaust Denial as an International Movement*, Praeger Publishers, Westport, 2009.

Balkin J., *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*, in «Journal of Free Speech Law» 1, 2021, vol. 71, pp. 71-96.

Balkin J., *Free speech in the Algorithmic Society*, «UC Davis Law Review», 2018, vol. 51, pp. 1149-1210.

Balkin J., *Old-School/New-School Speech Regulation*, 8, 2014, vol 127, pp. 2296-2342.

Bensoussan G., *Négationnisme et antisionnisme: récurrences et convergences des discours du rejet*, Einaudi, Torino, 2014.

Bernard-Donals M., *Forgetful Memory Representation and Remembrance in the Wake of the Holocaust*, State University of New York Press, Albany, 2009.

Bauman Z., *Modernity and the Holocaust*, Polity Press, Cambridge, 1989.

Bensoussan G., *L'eredità di Auschwitz, come ricordare?*, Einaudi, Torino, 2014.

Bensoussan G., *Négationnisme et antisionnisme: récurrences et convergences des discours du rejet*, in «Revue d'Histoire de la Shoah» 3, vol. 2, 1999, 166, pp 76-88.

Blasi V., *Reading Holmes through the Lens of Schauer: The Abrams Dissent*, in «Notre Dame Law Review», vol. 72, 1997, 5, pp. 1342-1360.

Bernard-Donals M., *Forgetful Memory representation and remembrance in the wake of the Holocaust*, State University of New York Press, Albany, 2009.

Bollinger L., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, 1986.

Bork R., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in “Indiana Law Journal”, vol. 47, 1971, 1, pp. 1-35.

Caputo D., *La “Menzogna di Auschwitz”, le “Verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 2014.

Cohn N., *Licenza per un genocidio*, Castelvecchi, Roma, 2013,

Ciuffoletti Z., *Retorica del complotto*, Il Saggiatore, Milano, 1993.

Di Giovine A., *Il passato che non passa: Eichmann di carta e repressione penale*, in «Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», vol. 1, 2006.

Droin N., *Etat des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé*, in «Révue trimestrielle des droits de l’Homme», 98, 2014, pp. 363-394.

Evans R., *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*, Basic Books, New York, 2001.

Finkelkraut A., *L'avenir d'une négation : Réflexion sur la question du génocide*, Seuil, Paris, 1982.

Foa A., *Genocidi a confronto: una riflessione sull'Unicità della Shoah* in F. Berti and F. Cortese (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa del Novecento*, Franco Angeli, Milano, 2008.

Fraser D., *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi': Some Comparative Legal Aspects of Holocaust Denial on the WWW* in I. Hare, J. Weinstein (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.

Galluccio A., *Punire la parola pericolosa. Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giappichelli, Torino, 2020.

Greenawalt K., *Free Speech Justifications* in «Columbia Law Review», 89, 1989, 1, pp. 119-155.

Hare I., Weinstein J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.

Igounet V., *Les premières voix françaises du négationnisme (1945-1953)* in «Les Belles Lettres», 49, 2016, 2, pp. 56-68.

Kretzmer D., *Freedom of Speech and Racism* in «Cardozo Law Review», vol. 8, 1987, pp. 445-513.

Lipstadt D., *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, Free Press, New York, 1993.

Luzzati C., *Chi parla con chi? Negazionismo e libertà di parola*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», vol. 17, 2017, 1, pp. 227-249.

Maclure J., *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, in «McGill Law Journal», vol. 63, 2017, 1, pp. 133-154.

Manetti M., *Libertà di pensiero e negazionismo* in M. Ainis (a cura di) *Informazione, potere, libertà*, Giappichelli, Torino, 2005.

Mill J. S., *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1991.

Monti M., *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, 1, 2019, pp. 35-51.

Monti M. *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in «Quaderni Costituzionali», 4, 2019, pp. 811-840.

Pino G., *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

Pisanty V., *L'irritante questione delle camere a gas*, Bompiani, Milano, 1995.

Rabinbach A., *In the Shadow of Catastrophe. Les intellectuels allemands entre apocalypse et lumières*, University of California, Berkley, Los Angeles, London, 2001.

Réaume D., *Of Pigeonholes and Principles: a Reconsideration of Discrimination*, in «Osgoode Hall Law Journal», vol. 40, 2002, 2, pp. 113-144.

Rosenfeld M., *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in «Cardozo Law Review», vol. 24, 2003, 4, pp. 1523-1568.

Scanlon T. M., *A Theory of Freedom of Expression*, in «Philosophy & Public Affairs», vol. 1, 1972, 2, pp. 204-226.

Scaffardi L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009

Schauer F., *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, New York, 1982.

Shermer M., Grobman A., *Denying History: Who Says the Holocaust Never Happened and Why Do They Say it?* University of California Press, Barkley-Los Angeles-London, 2009.

Stefani P., *Antigiudaismo. Storia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Sullivan K., *Free Speech and Unfree Markets*, in «UCLA Law Review», vol. 42, 1995, 4, pp. 949-966

Vidal-Naquet P., *Gli assassini della memoria*, Viella, Roma, 2008.

Vercelli C., *Il negazionismo: storia di una menzogna*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Wistrich R., *Holocaust Denial: The Politics of Perfidy*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2012.

Yakira E., *Post-Zionism and Post-Holocaust*, Cambridge University Press, New York, 2010.