

La liberté de se taire

27 AOUT 2020

Les libertés d'opinion et d'expression dans l'espace public sont au cœur de la tradition libérale. De grands textes, d'envergure nationale ou de portée internationale, en consacrent le principe, comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et son article 19 ou la *Convention européenne des droits de l'homme* et son article 10. En France, le cadre législatif national a intégré ces libertés fondamentales et l'autorité judiciaire se charge d'en protéger les effets. L'héritage philosophique de la Modernité pèse ici de tout son poids, car si les Anciens se savaient libres comme citoyens, ils n'ont pas su dire si l'homme « comme tel » était libre : « l'infinie exigence de la subjectivité, de l'autonomie de l'esprit en soi était inconnue aux Athéniens »¹ ; cette liberté nouvelle devait assurer le déploiement autonome de toutes les facultés de l'humanité. Certains ont même considéré qu'il y avait là un marqueur civilisationnel propre à l'Occident : l'avènement des sociétés démocratiques et libérales. Les Européens avaient commencé par cette marche vers la tolérance, hâtée par la Réforme qui introduisait, à l'Ouest du continent, le pluralisme religieux. Ce trajet conduira l'Europe à dépasser la tolérance pour aller vers le *pluralisme critique*², thèse selon laquelle « interdire le pluralisme produit plus de mal que de bien » et « le pluralisme produit par lui-même toujours un bien » ; en d'autres termes, on en vint à croire que le pluralisme était nécessaire à l'homme dans sa quête de la vérité. Apparaîtront alors ceux qui se défendirent la liberté d'expression et ses conséquences, comme Bayle, Kant, Constant, pour ne citer que les plus flamboyants. Cette thèse impliquait que le citoyen doit être libre d'exprimer ses pensées, et cette possibilité doit être constitutionnellement garantie et étendue à toutes les institutions culturelles : édition, école, presse, recherche, arts, spectacles...

Très rapidement, il apparut que le pluralisme critique était un terrain fertile pour les idées et les connaissances, il sembla même qu'il était un vecteur d'ordre, bien plus que la défense dogmatique de la vérité. C'est le fondement d'où la liberté d'expression tire sa légitimité. Nous constatons tous que la raison humaine est limitée et faillible : personne ne sait tout, personne ne comprend tout ; en contraignant les forces coercitives de l'État souverain à défendre « une certaine idée de la vérité », on empêche l'émergence d'autres « faces » de celle-ci et le progrès des connaissances humaines, condition d'accès à l'autonomie et à l'émancipation, s'en trouve perturbé, bloqué. La liberté de penser et la liberté de critiquer sont au contraire des remèdes à ces limitations intrinsèques. Par ailleurs, c'est toute une logique qui est à l'œuvre : une théorie, pour être considérée comme vraie, doit être réfutable – elle ne doit pas prouver tout et son contraire et les critiques éventuels doivent disposer de la liberté de faire entendre leurs objections – et doit être non réfutée. On comprend donc qu'une théorie réfutable et non réfutée n'est jamais vérifiée, mais seulement corroborée, pour reprendre le mot de Karl Popper³ : cette théorie ne peut être définitive, car une réfutation peut toujours intervenir, et l'objectif de la science n'est pas tant la possession de la vérité que la recherche des connaissances les plus vraies possibles. Les chercheurs doivent faire preuve d'une grande probité et la société doit jouir de la liberté d'apprécier leurs travaux. Cette liberté doit d'ailleurs s'étendre aux paradigmes économiques, et l'État doit ménager l'existence d'une

¹ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Leçons sur l'histoire de la philosophie*. Gallimard, 2007.

² Nemo, Philippe. *Qu'est-ce que l'Occident ?* Presses Universitaires De France, 2005.

³ Popper, Karl. *Conjectures et réfutations, La croissance du savoir scientifique*, Payot, 1985.

société civile distincte de lui, car le chercheur dissident, s'il dépend du gardien des savoirs dont il dévie, ne pourra maintenir longtemps sa dissidence. C'est cet état d'esprit, dont le portrait est ici brossé largement, qui présida à l'avènement du « moment libéral » et de nos sociétés démocratiques. C'est d'ailleurs moins le sacre de l'individu que l'aboutissement du rationalisme critique qui produisit ce moment : le sacre de l'individu n'en est qu'une conséquence funeste et future.

Au XIX^{ème} siècle, la liberté d'expression connut ses grands triomphes grâce à l'affranchissement des censures ecclésiastiques et gouvernementales. La grande loi française de liberté de la presse, en 1881, fait figure d'exemple. La liberté de penser devait passer dans les mœurs et devenir consubstantielle de l'idée d'Occident. Bien au-delà du mouvement des Lumières, les élites se firent les relais de ce grand souffle et donnèrent à toute une civilisation le patron de ses attitudes mentales : rejet absolu de l'argument d'autorité, goût de la preuve objective et de l'exactitude, honnêteté intellectuelle et liberté d'expression. Qu'en reste-t-il aujourd'hui ? En 2015, la France entière était presque sommée d'être Charlie et de défiler dans la rue au nom de la liberté d'expression. Aux kalachnikovs, nous étions sommés de répondre par les crayons, les plumes, l'encre, et cette kyrielle de symboles illustre la victoire symbolique de notre tradition libérale sur les spectres de l'obscurantisme. « Je suis Charlie », c'était alors défendre la liberté d'expression. Aujourd'hui, il faut abattre des statues, changer le titre de certaines œuvres pour éviter d'offenser certains publics, réviser le contenu d'œuvres cinématographiques. Au nom du refus de l'offense, pour ne pas « indisposer » autrui, il faut émonder livres et films, tableaux et autres œuvres artistiques. Le paradoxe interroge : peut-on encore penser et s'exprimer librement, en France ?

Aux fondements de la liberté d'expression

Qu'est-ce que la liberté d'expression, d'ailleurs ? Ce serait le droit, pour toute personne, de penser comme elle le souhaite et de pouvoir exprimer ses opinions par tous les moyens qu'elle juge opportun, dans tous les domaines. La *Déclaration universelle des droits de l'homme*, en son article 19, dit ainsi : « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. » La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789 est plus discrète en ses articles 10 et 11 : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » et « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. » Il faut bien comprendre que l'homme qui jouit de la liberté d'expression se voit reconnaître un droit de ne pas être inquiété par la censure des autorités. C'est d'ailleurs pourquoi certaines voix, loin de France, en 2015, ont émis des avis très intéressants pour le sujet qui nous occupe : l'État français est bien plus dangereux pour cette liberté fondamentale que ne le seront jamais les terroristes islamiques⁴ ; le massacre de janvier est une réponse prévisible à l'usage irresponsable et « stupide » de la liberté d'expression⁵. Ces voix se sont depuis faites plus précises : la liberté d'expression n'aurait rien d'un absolu intouchable dont l'usage doit être permis en toutes circonstances, il faut en mesurer l'exercice à l'aune des nécessités et des situations, et au nom de cette liberté, on a professé des invitations à la prudence, à la modération, au renoncement. L'événement donnait à voir, de façon éclatante, une réalité dont peu avaient alors pris conscience : la liberté d'expression n'était pas seulement menacée par la censure de l'État, elle l'était aussi par des formes plus ou moins insidieuses et plus ou moins violentes de pression sociale exercée par les groupes reconstitués de la société civile.

⁴ Turley, Jonathan. « The biggest threat to French free speech isn't terrorism. It's the government », *Washington Post*, 8 janvier 2015.

⁵ Barber, Tony. « The gunmen in Paris attacked more than a Muslim-baiting magazine », *The Financial Times*, 7 janvier 2015.

S'exprimer sans subir d'interférences arbitraires. Cette formulation paraît satisfaisante, mais elle ne rend pas compte des nombreuses difficultés juridiques et politiques qu'un tel principe engendre : une fois énoncé, il faut encore préciser le droit dérivé de ce principe, les formes d'expression autorisées, les modalités d'interférences acceptables et, bien sûr, garantir les protections contre l'arbitraire. Ces dernières garanties ne protègent que de la censure de l'État et le droit s'intéresse aussi à la protection des libertés du citoyen contre les menaces posées à ces libertés par d'autres citoyens. Il est donc inutile de chercher, au-delà de l'unité de principe, une sorte d'universalité de la liberté d'expression : ses formes et ses modalités varient d'un pays à l'autre, d'un contexte à l'autre. Prenons l'exemple américain, le premier amendement de la *Déclaration des droits* de 1791 indique que « le Congrès ne fera aucune loi... restreignant la liberté de parole ou de la presse », et pourtant vous n'entendrez jamais, sur un grand média américain, aucune grossièreté, aucun juron trop vulgaire. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* de 1950 est plus précise : la liberté d'expression est garantie à chaque personne, mais entraîne « des devoirs et des responsabilités ». Notons d'ailleurs que « parole », « expression », « communication » sont des référents qui ne coïncident pas et qu'à dresser une comparaison exhaustive de tous ces textes constitutionnels ou conventionnels, la liberté d'expression apparaît comme une liberté générique pour désigner plusieurs libertés spécifiques. D'un pays à l'autre, la liberté et ses limites n'ont pas les mêmes rapports : en France, il appartient au législateur de définir la limitation du droit⁶ ; aux États-Unis, il est refusé au Congrès fédéral de limiter cette liberté.

Il faut donc se garder d'importer des États-Unis un modèle prescriptif et des représentations qui sont peu comparables avec la situation française, où les *mœurs* en la matière sont différentes : il n'y a pas une liberté d'expression universelle, mais plusieurs façons de reconnaître à la personne humaine la liberté d'expression. Il est donc préférable d'examiner l'expression comme mise en scène du lien entre la pensée et l'action. En prenant appui sur le postulat philosophique de l'autonomie individuelle, la liberté d'expression, quelque forme qu'elle prenne, est la condition de la liberté de pensée, car la pensée ne prend forme que dans sa communication : « cette autorité extérieure qui arrache aux hommes la liberté de faire part publiquement, chacun, de ses pensées, leur arrache en même temps la liberté de penser »⁷. C'est là l'idéal des Lumières, qui confond volontiers ensemble la liberté de pensée et la liberté de discussion : l'opinion libre et active n'est pas concevable sans le libre conflit des opinions. La liberté d'expression est alors une conséquence de la liberté de pensée et ce lien logique justifiera les dénonciations de la censure, puisque toute opinion formée doit être dite : seul le plus violent des gouvernements privera l'individu de « la liberté de dire et d'enseigner ce qu'il pense »⁸, car la censure sera toujours plus sévère, puisque l'opinion trouvera toujours des moyens pour s'exprimer. Vouée à l'escalade, la censure échoue toujours et doit se durcir, en posant des interdictions *a priori* et en organisant la répression *a posteriori* : il faut régenter les esprits et contrôler les paroles, les écrits. C'est là le cœur de la critique de la censure depuis les premières heures de la modernité, pour les tenants de l'autonomie individuelle, car la censure attaque la liberté de l'individu et l'infantilise jusqu'à l'abrutir⁹.

Toutefois, l'expression n'est pas indifférente à l'environnement : s'exprimer devant autrui, c'est prendre le risque de l'affecter, de modifier ses opinions, d'entraîner chez lui des actions. Ces conséquences peuvent être source de nuisances : le lien de l'expression à la pensée impose des protections contre l'arbitraire de l'État, mais le lien de l'expression à l'action suppose que ces protections ne soient pas absolues. C'est là, bien entendu, que la difficulté se pose. Milton ne veut accepter que les « différences indifférentes », celles qui ne gênent ni l'État ni les autres. Bien plus tard, John Stuart Mill fera ainsi la synthèse d'une position communément admise par la tradition libérale des Lumières : les opinions peuvent être exprimées en dehors de « circonstances telles que leur expression devient une instigation manifeste à quelque méfait »¹⁰ ; là encore, les hésitations varieront d'une chapelle philosophique à l'autre et John Rawls dira qu'il faut restreindre la liberté d'expression¹¹ et l'organiser

⁶ Troper, Michel. « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales HSS*, novembre-décembre 1999, p. 1239 à 1255.

⁷ Kant, Emmanuel. « Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée ? », *Œuvres philosophiques*, t. II, Gallimard, 1985.

⁸ Spinoza, Baruch. *Traité théologico-politique*, Flammarion, 1965, p. 329.

⁹ Milton, John. *Pour la liberté d'imprimer sans autorisation ni censure (Areopagitica)*, Flammarion, 2009.

¹⁰ Mill, John Stuart. *De la liberté (1859)*, Gallimard, 1990, p. 145.

¹¹ Rawls, John. *Théorie de la justice*, Seuil, 1997, p. 239.

pour la préservation d'autres droits et libertés, d'autres intérêts de la société. La liberté d'expression est donc au croisement de deux impératifs : protéger la pensée et punir l'action nuisible ; mais les limites posées dépendront de la justification philosophique de cette liberté, de même les garanties qui l'entourent, car les interférences peuvent avoir pour origine d'autres sources que la censure étatique, puisque la société produit des formes d'intimidation intellectuelle, physique, économique et sociale pour réduire au silence des individus ou des groupes, pour leur imposer une « parole » choisie.

Cette justification peut être déontologique à la suite de Kant : la reconnaissance de ce droit aux individus leur est due à cause de leur statut moral¹². Cette justification peut aussi être conséquentialiste à la suite de Mill : la reconnaissance de ce droit a des bienfaits pour l'individu et son épanouissement¹³. Cette justification s'appuie aussi sur les besoins de la coexistence tranquille et pacifique, sur l'évitement des dérives arbitraires et despotiques, sur la recherche collective de la vérité. Il en va également des besoins de la communauté des égaux pour se gouverner elle-même : la délibération publique, la répartition égale de l'influence sur les décisions collectives requièrent la liberté d'expression car « dans un pays où règne le dogme de la souveraineté du peuple, la censure n'est pas seulement un danger, mais encore une grande absurdité »¹⁴. Ce sont des justifications démocratiques, appuyées sur les institutions communes aux citoyens, bien plus que sur des conceptions morales de l'autonomie ou du bien-être. Les sociétés pluralistes ont ainsi un fondement solide pour la justification publique de cette liberté : les citoyens se réunissent dans l'attachement à ce régime et à ses vertus politiques en dépit de leurs désaccords moraux¹⁵.

Une liberté et des limites

L'affirmation du principe est partout solennelle et partout il est admis que des limites s'imposent. D'où vient cependant qu'en France, à mesure que le temps passe, l'impression commune incline à croire « qu'on ne peut plus rien dire » ? Même aux États-Unis, on n'a pas toujours pu « tout dire » : le droit partage les actes d'expression permis et punis, mais déjà cette affirmation est un leurre, car il faudrait préciser immédiatement que *les droits* partagent d'un État à l'autre les actes expressifs permis et punis. Nous le devinons, les limites à la liberté d'expression dessinent l'Occident en forme de mosaïque bariolée et diverse. Les pratiques juridiques sont très différentes¹⁶. Par exemple, si la Cour suprême, aux États-Unis, a pour habitude de protéger la liberté de parole absolument, sans jamais la mettre en balance avec d'autres droits constitutionnels, elle en a délimité les contours par la distinction de plusieurs catégories de parole qui ne sont pas toutes également protégées par le Premier amendement. L'injure, la diffamation, l'incitation à la violence immédiate ne sont pas protégées, par exemple¹⁷. Cette délimitation ne s'imposait guère : elle est le fruit d'une succession de choix politiques. Au contraire, la Cour européenne des droits de l'homme met bien souvent en balance la liberté d'expression avec d'autres droits et d'autres intérêts énumérés par la Convention de 1950 : toutes les formalités, conditions, restrictions et sanctions à l'exercice de cette liberté, prévues par l'alinéa 2 de l'article 10, doivent être « des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » : cette liste définit les buts légitimes recherchés par les États qui poseraient des limites à la liberté d'expression et si les moyens employés par ceux-ci sont proportionnés à la nuisance qu'ils veulent empêcher. C'est là une des sources des différents profils juridiques européens sur ce thème.

¹² Dworkin, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1997.

¹³ Redish, Martin R. « The value of free speech », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, p. 591 à 645.

¹⁴ de Tocqueville, Alexis. *De la démocratie en Amérique*, I, II, 3, Flammarion, 1981, p. 265.

¹⁵ Rawls, John. *Libéralisme politique*, Presses Universitaires Françaises, 2001, p. 32-33.

¹⁶ Zoller, Elizabeth, et al. *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008.

¹⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) ; voir aussi Fish, Stanley, *There's No Such Thing as Free Speech... and it's a Good Thing Too*, Oxford University Press, 1994, p. 105.

Comment s'y retrouver ? L'expression d'opinions (politiques, esthétiques, morales ou religieuses) doit être protégée, même lorsque ces opinions choquent, surtout si elles peuvent contribuer au débat démocratique et pluraliste. Toutefois l'apologie du terrorisme, l'incitation à la violence, la diffamation, l'injure sont répréhensibles et réprimées : ce sont des actes expressifs condamnés par les droits occidentaux. Notons qu'un acte expressif devient répréhensible quand le discours produit un effet nuisible pour autrui : ce n'est pas le caractère acceptable ou non des idées et propos exprimés qui fondent la répression. Le délit d'opinion et le délit de blasphème ont globalement disparu, même si certaines législations ont consacré l'interdiction d'exprimer certaines opinions. Les juges européens ont ainsi déclaré que la liberté d'expression « constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et vaut même pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent. »¹⁸ Il revient alors aux interprètes de la législation et des principes constitutionnels ou conventionnels de distinguer les discours qui nuisent, qui constituent des préjudices, des discours qui sont déplaisants sans être nuisibles, qui constituent des offenses. Ces dernières doivent demeurer autorisées, licites, puisqu'elles ne nuisent pas directement. Cette position, d'inspiration libérale, a fait dire à certains que le dégoût esthétique ou la réprobation morale ne suffisent pas pour expliquer la restriction de la liberté d'expression en matière de pornographie¹⁹, il est préférable d'invoquer le préjudice psychologique dont les enfants, entre autres, sont les victimes lorsqu'ils sont exposés à la pornographie, car cet argument est recevable et justifie les limitations posées à la liberté d'expression en cette matière.

Tous ne mesureront pas toujours le grand vertige de la liberté et c'est pourquoi la liberté d'expression totale, absolue, n'existe pas. La distinction précédemment exposée n'est qu'imparfaite. L'offense est-elle jamais punissable ? Certains penseurs ont considéré qu'il n'existe aucun acte d'expression ou de communication jamais anodin, gratuit et sans conséquence pour autrui. Joel Feinberg estime que l'offense porte en elle une atteinte qui n'est pas nulle et peut parfois justifier des mesures répressives : l'État doit prévenir les « conduites offensantes »²⁰ et ces dernières sont punissables lorsqu'elles s'imposent aux individus contre leur gré, atteignent une certaine ampleur que Feinberg mesure d'après la durée, l'étendue et l'intensité. Comment éviter alors de s'en remettre à l'appréciation subjective du récepteur, pour distinguer les offenses légères des offenses plus lourdes ? Pour éviter l'arbitraire des émotions et même la tyrannie des affects, il faudrait déterminer une sensibilité « normale », mais de deux choses l'une : d'abord, cette sensibilité normalisée s'accommode peu d'un monde qui fait la part belle aux singularités personnelles ; ensuite, quelle fiabilité aurait cette sensibilité normalisée, quand le juge est lui-même un être d'affects et d'émotions ? Même si le droit n'a pas encore intégré ce mode d'examen des faits, l'importance accordée par certains groupes d'individus réunis sur critères identitaires à l'établissement, tout autour d'eux, d'un espace sécurisé où leurs affects ne seront jamais offensés en dit long sur le futur proche de l'Occident et de ses tribunaux.

Longtemps d'ailleurs, seuls les effets directement nuisibles des actes expressifs ont été pris en compte. La diffamation offre un bel exemple : à la suite de Catharine MacKinnon²¹, qui affirme que la nocivité de la pornographie tient à ce qu'elle propage des représentations dégradantes de la femme, et associe cette propagation à la diffamation non plus d'un individu singulier, mais d'un groupe identifié, certains considèrent que la représentation d'un groupe donné et abstrait, défini par un trait commun doit être punissable si elle porte atteinte à l'honneur et à la considération des individus membres de ce groupe – car les membres de ce groupe seront indirectement atteints par la diffamation portée contre l'un des leurs, ou contre la figure essentialisée de l'un des leurs. Cette extension du champ de la diffamation pose quelques difficultés : comment identifier l'élément diffamatoire pour un individu et pour un groupe, quand il est toujours délicat, voire impossible, de trouver dans le second cas des propositions factuelles dont la fausseté soit disputable ? Si la diffamation de groupe devait s'imposer comme une limite à la liberté d'expression, comme un au-delà des discours choquants, alors son contenu dépendrait des représentations sociales dominantes bien plus que de la lettre de la loi. C'est

¹⁸ Handyside c. Royaume-Uni, CEDH, 7 décembre 1976.

¹⁹ Ogien, Ruwen. *Penser la pornographie*, Presses Universitaires Françaises, 2003.

²⁰ Feinberg, Joel. *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1985.

²¹ MacKinnon, Catharine. *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*. Harvard University Press. 1987.

pourtant sur ce terreau que se développent, avec une force nouvelle depuis quelques années, les luttes contre les « discours de la haine ».

Le nœud brûlant des discours de haine

En dehors des États-Unis, de nombreux pays de l'Occident libéral se sont dotés d'un arsenal législatif pour lutter contre les actes expressifs d'incitation à la haine envers des individus ou des groupes désignés par un trait identitaire. Ce n'est pas neuf : la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé que les États démocratiques peuvent sanctionner et « prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance. »²² Il est assez remarquable de constater que ces mesures, sans se durcir, cristallisent autour d'elles l'ensemble des débats autour de la liberté d'expression car en dehors des tribunaux, nombreux sont les journalistes et autres personnalités publiques à prétendre définir ce que recouvrent précisément ces « formes d'expression » qui « propagent l'intolérance », pour le dire simplement.

La sensible question, en France, des statistiques ethniques a même opéré sa révolution auprès de nos adversaires politiques : auparavant, elles devaient être interdites pour assécher le terreau du racisme ; désormais, elles devraient être généralisées pour démontrer la réalité du racisme systématique. Ces statistiques sont limitées et **encadrées** en France et le droit français punit la provocation « à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »²³ et aussi « à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ».

Il faut donc chercher un équilibre entre un État intrusif et une société haineuse – on se demandera d'ailleurs pourquoi personne ne s'interroge sur cette société haineuse : l'a-t-elle été de toute éternité ? cette haine n'est-elle pas le produit des transformations de la société ? Quoi qu'il en soit, l'État doit choisir entre laisser prospérer les discours de haine pour préserver la liberté d'expression des individus, et les interdire pour préserver les différents groupes de représentations stigmatisantes et source d'hostilité à l'égard de ces groupes. C'est d'ailleurs parce que ces discours ne dépassent jamais la formulation d'opinions générales et simples, qui ne menacent aucune personne spécifique, qu'il a été nécessaire de légiférer spécialement : une conception plus classique de la liberté d'expression s'accommoderait volontiers de ces discours, mais la dissolution des individus dans la société civile et les crispations contemporaines ont favorisé l'émergence de ces législations. Justifier la répression des discours de haine nécessite de reconnaître un lien de cause à effet entre ces discours et les crimes haineux, ce qui n'est pas une mince affaire, car la certitude en la matière est difficile. Que les discours puissent encourager des actes particuliers ne fait aucun doute, mais imputer des responsabilités à des individus est bien plus délicat²⁴.

C'est pourquoi l'invocation du respect de la dignité humaine, conçu comme un élément immatériel de l'ordre public, permet au législateur et aux juges, notamment français, de légitimer la répression des discours haineux. Puisque tous les humains ont égale valeur en dignité, toute représentation dégradante de groupes essentialisés atteint le respect dû à la dignité humaine. Signalons ici que la « dignité » de la personne humaine n'a pas le même sens aux États-Unis et en Europe²⁵ : sur le vieux continent, c'est l'atteinte supposée au principe lui-même qui doit être préservé, quand en Amérique, c'est l'effet produit par les discours sur des individus concrets qui doit être empêché ou puni. C'est aussi l'atteinte à la réputation des individus membres des groupes visés qui justifie la répression des discours haineux : il s'agit alors de protéger la dignité sociale²⁶ des membres

²² *Erkaban c. Turquie*, CEDH, 6 juillet 2006.

²³ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, article 24.

²⁴ Lederer Laura. *The Price We Pay : The Case against Racist Speech, Hate Propaganda and Pornography*, Hill & Wang, 1995.

²⁵ Whitman, James. « Enforcing civility and respect : Three societies », *Yale Law Journal*, vol. 109, 2000, p. 1279-1398.

²⁶ Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, Harvard University, 2012, p. 105.

de ces groupes (voir en ce sens *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952)). Cependant, cette dernière justification est de toute celle qui conduit aux pires apories : comment motiver le choix de protéger la réputation de certains groupes et pas celle des autres ? comment distinguer la critique d'une religion de la diffamation des croyants ? comment délimiter les groupes visés sans construire un discours essentialisant ?

La répression des discours haineux a pu sembler par nature injuste et voit s'élever contre elle des objections intéressantes, qui s'appuient pour la plupart sur les nécessités de la *démocratie*. L'État de droit s'imposerait contre la délibération publique alors que celle-ci exige pour chacun un droit égal à la libre expression : les restrictions qui visent les discours de haine affectent de façon différenciée les citoyens selon leurs opinions et certains voient là une bonne raison de ne jamais réprimer ces discours²⁷ : le citoyen raciste puni pour avoir exprimé son opinion raciste, alors qu'il accepte les choix collectifs issus de la délibération démocratique, est désavantagé par la loi ; la jurisprudence constitutionnelle américaine se prononce en ce sens avec constance, pour l'heure. En Europe, toutefois, ces propositions sont inacceptables, car le refus du racisme est considéré comme un principe fondateur de nos régimes démocratiques : aucun débat n'est possible ; toutefois, l'argument de l'équité est assez souple pour être retourné en faveur d'une position répressive : certains actes expressifs voudraient imposer aux autres le silence, et certains voient leur parole systématiquement délégitimée et déclarée inférieure, inepte, inintéressante – nous l'observons, par exemple, quand certains affirment qu'un individu caractérisé par un trait identitaire particulier ne peut pas avoir raison contre d'autres individus caractérisés par d'autres traits identitaires particuliers. Comment rendre la liberté d'expression effective pour tous, quand en matière de discours haineux, il semble nécessaire de choisir entre deux maux ?

Quelles pratiques de la liberté d'expression ?

Reste que la pratique de la liberté d'expression ne se contente pas simplement de l'absence de toute censure arbitraire des autorités politiques. Ce fut historiquement le premier des jalons pour l'obtention de cette liberté, mais désormais le droit propose une situation plus compliquée. La liberté d'expression serait un droit-liberté qui envoie à un devoir d'abstention de l'État : le XX^{ème} siècle a bien montré l'empressement des États à organiser activement l'exercice de ces droits-libertés, contraints par l'expansion des médias qui s'accompagna d'une expansion de la réglementation²⁸. Si le « droit à l'information » est une extension de la liberté d'expression, les États ont mené des interventions pour aider et favoriser le pluralisme dans les médias, organiser la neutralité de l'Internet, procéder au décompte des temps de parole de partis politiques en période électorale et hors des périodes électorales, par exemple. Le Conseil constitutionnel français estime ainsi que « la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents »²⁹ et d'ailleurs, les nombreuses critiques très actuelles sur l'absence de pluralisme dans les médias, si elles sont justifiées, montrent que l'avertissement des magistrats n'a pas été entendu. Il faut immédiatement rappeler qu'aux États-Unis, la liberté d'expression n'importe que très peu de devoirs positifs à l'État : cet élément de contexte permet de saisir les différences observées des deux côtés de l'Atlantique. L'Europe est d'ailleurs bien plus sensible aux suggestions des traités internationaux³⁰ : les États doivent non seulement respecter les libertés fondamentales, mais encore protéger les individus des atteintes perpétuées par autrui, et aussi intervenir activement pour faciliter l'exercice de ces libertés.

La principale des préoccupations doit être celle de la censure. D'où vient-elle et quelle forme peut-elle prendre ? Une vision trop datée de la question ferait de l'État l'unique source de la censure : l'intuition, sinon

²⁷ Dworkin, Ronald. « Foreword », dans Ivan Hare, et al. *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2011.

²⁸ Derieux, Emmanuel. *Droit des médias*, LGDJ, 2008.

²⁹ Décision 84-181 DC, Conseil constitutionnel, 11 octobre 1984.

³⁰ Eide, Asbjorn. « Réalisation of social and economic rights and the minimum threshold approach », *Human Rights Law Journal*, vol. 10, n°1-2, 1989, p. 37.

l'expérience, incline à penser que les censeurs se sont démultipliés dans la société civile, comme autant de gouttes de poison disséminées dans la société liquide. On sait pourtant depuis longtemps qu'il existe de nombreuses façons d'exercer la censure sur les individus³¹ : sous le coup d'une menace physique, économique ou sociale sérieuse, l'individu ne peut s'exprimer effectivement et librement, que la menace soit étatique ou privée. Il est d'ailleurs remarquable de constater que l'idée de menace physique est claire aux yeux de tous : qui met en danger sa vie ou son intégrité corporelle quand il s'exprime voit sa liberté d'expression atteinte. En revanche, la menace économique ou sociale paraît moins certaine aux yeux de ceux qui s'accommodent du silence des autres ; mais cette menace est-elle moins redoutable pour autant ? Mill avait déjà cette inquiétude, car « il revient au même que les hommes soient emprisonnés qu'empêchés de gagner leur pain »³². La menace sociale n'en est pas moins dangereuse pour le pluralisme et la démocratie, puisqu'elle est la forme d'un joug exercé par les opinions dominantes qui imposent aux individus de s'y conformer. L'individu doit donc pouvoir s'exprimer sans subir d'interférences de la part de quiconque, et disposer des moyens de s'exprimer. L'État doit donc s'obliger devant le citoyen à ne pas interférer, mais cette même obligation s'étend aux autres citoyens, aux acteurs sociaux qui, par leurs conduites individuelles ou collectives, doivent permettre l'exercice effectif de la liberté d'expression. Manifester dans l'entourage d'un amphithéâtre pour empêcher l'accès d'un professeur à la tribune d'une conférence ressemble donc à une atteinte grave à la liberté d'expression de ce citoyen. On peut considérer qu'il n'y a pas de liberté d'expression s'il n'y a pas, dans la société, un état d'esprit de tolérance et de prudence, partagé entre les citoyens.

C'est qu'il faut accepter qu'autrui puisse faire entendre des points de vue déplaisants et défendre des modes de vie que nous réprouvons et que nous ne voulons pas voir s'installer dans la société. Pour éviter l'extension illimitée de cette liberté, qui conduirait à la diminution considérable de sa portée effective, il est bien nécessaire que l'État réglemente l'accès aux moyens effectifs de porter les idées à la connaissance du public : il lui appartient de garantir à tous un accès sinon égal, au moins équitable et soucieux du respect des nécessités de la démocratie et de la délibération publique. Le rôle de l'État, paraît-il, est également d'assurer que ceux qui possèdent de grandes ressources privées n'en usent point pour contrôler le cours du débat public, car cela ferait perdre aux libertés politiques, dont la liberté d'expression, toute leur valeur. Certains, bien sûr, contestent cette nécessité de la régulation étatique, car celle-ci est une menace intolérable pour la liberté individuelle et pour le fonctionnement du marché des idées³³. Rappelons-nous : « le meilleur test de la vérité d'une idée réside dans sa capacité à s'imposer dans la concurrence du marché »³⁴ ; cette approche est bien sûr contestable, ou révoltante, car ce monde du marché libre des idées a précisément permis la conduite des médias américains pendant l'élection présidentielle de 2016 et la conduite des médias français pendant l'élection présidentielle de 2017 ; nous sommes bien placés pour considérer que sur ce marché des idées tout à fait libre, la concurrence était peu suspecte de loyauté.

Observons d'ailleurs un autre paradoxe de notre temps, déjà évoqué. Régulièrement, on entend des appels à la « liberté de choquer », comme lorsqu'une œuvre particulièrement outrancière du photographe Andres Serrano a été exposée à Avignon en décembre 2010 : ici, la liberté d'expression était invoquée contre les intégristes catholiques et les obscurantismes chrétiens qui appelaient au retrait de l'œuvre³⁵. Et régulièrement, ces dernières années, on lit dans les médias des tribunes enflammées, écrites par ces intellectuels désœuvrés que la modernité produit en surnombre, qui appellent à déboulonner les statues, à changer le titre des œuvres littéraires et artistiques, qui félicitent les actes de vandalisme menés contre les établissements publics concernés par ces polémiques. Les événements de Minneapolis, importés en France dans leur version parodique avec le feuilleton sidérant de la famille Traoré, font oublier que la démarche n'est pas neuve en Europe : dès 2016, le *Rijksmuseum* d'Amsterdam choisissait de renommer les œuvres de sa collection, jugées « offensantes » : le

³¹ Post, Robert, et al. *Censorship and Silencing. Practices of Cultural Regulation*, Getty Research Institute, 1998.

³² Mill, John Stuart. *De la liberté (1859)*, Gallimard, 1990, p. 108.

³³ Rothbard, Murray N. *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto*. Ludwig von Mises Institutes, 2006, p. 115 à 129

³⁴ *Abrams v. United States*, 250, U.S. 616 (1919).

³⁵ Hernandez, Anthony. « Qui sont ces catholiques intégristes mobilisés contre le *Piss Christ* ? », lemonde.fr, 18 avril 2011.

tableau de Simon Maris « Jeune femme nègre » devenait donc « Jeune fille à l'éventail ». Hottentot, mahométan, maure, nain, sauvage et bien d'autres mots disparaissaient ainsi des titres et des panneaux d'exposition. L'objectif peut paraître louable, puisqu'il s'agit de ne pas offenser les visiteurs directement ou indirectement concernés par des mots estimés injurieux. La démarche interroge, cependant. D'abord, quelle trace restera-t-il, dans la mémoire du public contemporain, des représentations culturelles ordinaires des temps anciens, si toutes les références à ces représentations sont cachées à sa vue ? Comment le visiteur prendra-t-il conscience de l'histoire, du temps qui passe et de son effet sur les pratiques culturelles, si les œuvres du passé lui sont montrées toujours actualisées d'après les critères contemporains de ce qui est « acceptable » ? De plus, ne court-on pas le risque de voir l'histoire elle-même falsifiée ? Quand Disney aura, par exemple, expurgé toutes les scories racistes et offensantes de ses productions, depuis le commencement, combien se laisseront aller à l'oubli et négligeront l'histoire authentique de ces studios de divertissement qui n'ont pas toujours eu le souci de n'offenser personne ?

Ce détour par le champ de la culture ne doit pas dérouter notre lecteur, il est utile pour comprendre les périls nouveaux qui menacent la liberté d'expression et la vie civique. Des sensibilités particulières s'expriment désormais, qui voudraient que se taisent les voix désagréables, les voix choquantes, les voix offensantes : on juge les œuvres anciennes avec le regard d'aujourd'hui pour mieux faire admettre qu'il est des choses que l'on peut dire et d'autres que l'on ne peut plus dire ; on entérine l'idée qu'il est normal de s'accommoder de limites matérielles toujours plus nombreuses à la liberté d'expression. Ce ne sont plus les impératifs de l'ordre public ou la sûreté de l'État et des personnes qui viennent légitimer les atteintes légales à la libre expression ; ce sont désormais des pesanteurs, des menaces sociales qui s'installent dans le paysage, murs invisibles qu'il faut apprendre à reconnaître pour identifier ce qui se dit, ce qui ne se dit pas. Les censeurs n'ont ni la livrée de l'État, ni même besoin de ses outils coercitifs. On s'amusera de la censure exercée par Facebook sur les photographies de la *Vénus de Willendorf*, jugées obscènes et susceptibles de choquer le public américain. On s'amusera moins de l'impunité de ceux qui, en France, dégradent et outragent certains emblèmes nationaux. Cela conduit nécessairement à cette dernière question : qui détermine quels groupes doivent être préservés de toutes les offenses ? pourquoi est-il socialement plus acceptable de s'en prendre à tel groupe identitaire plutôt qu'à tel autre ? Si ce paradigme de l'offense vient irriguer notre droit pénal en la matière, qu'advient-il de la démocratie libérale, si celle-ci des outils de la délibération publique ? On notera d'ailleurs que la démarche vient de la société civile elle-même, et aux États-Unis se multiplient les exemples de ces organes, qui ont une voix importante, et qui renoncent de leur plein gré à l'exercice effectif de leur liberté d'expression³⁶. Cet exemple est déjà suivi en Europe.

Interrogeons-nous : qui sont les citoyens qui, aujourd'hui, subissent la triple menace physique, économique et sociale, quand ils prennent la parole ? qui sont les citoyens qui, par ricochet, se refusent à prendre la parole, parce qu'ils craignent des représailles semblables pour eux-mêmes ? Ceux-là sont rendus, en France, moins libres que les autres et, partant, moins dignes que les autres. Outre la protection nécessaire contre ces menaces susceptibles de réduire au silence les individus, la liberté d'expression, pour être effective, suppose pour ces individus l'accès aux ressources et aux lieux pour se faire entendre publiquement. Qui sont les citoyens qui, aujourd'hui, n'ont plus accès aux médias et n'ont plus voix au chapitre en France ? Il était bien légitime, en 2015, de se méfier des injonctions au silence, surtout quand celles-ci étaient portées par des voix assurées d'un accès facile aux médias et aux espaces de délibération publique. Il n'est donc pas exact de déclarer aujourd'hui « on ne peut plus rien dire », car la formulation la plus proche de la réalité serait : « certains ne peuvent plus rien dire et d'autres sont là pour s'en assurer. »

³⁶ Libercourt, Claire. « Le New York Times abdique face aux pressions », contrepoints.org, 11 juin 2019.

Bibliographie

Feinberg, Joel. *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1985.

Kant, Emmanuel. « Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée ? », *Œuvres philosophiques*, t. II, Gallimard, 1985.

Mill, John Stuart. *De la liberté (1859)*, Gallimard, 1990.

Nemo, Philippe. *Qu'est-ce que l'Occident ?* Presses Universitaires De France, 2005.

Popper, Karl. *Conjectures et réfutations, La croissance du savoir scientifique*, Payot, 1985.

de Tocqueville, Alexis. *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 1981.

Zoller, Elizabeth, et al. *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008.