



Centre Perelman
de philosophie du droit

Université Libre de Bruxelles

<http://www.philodroit.be>

**Liberté d'expression, blasphème, racisme :
essai d'analyse philosophique et comparée**

Guy Haarscher

Série des Working Papers du
Centre Perelman de philosophie du droit
n° 2007/1

Comment citer cette étude ?

G. HAARSCHER, *Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée*, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/1, mis en ligne le 24 juin 2007, <http://www.philodroit.be>

Introduction

Nous pouvons aujourd'hui prendre quelque distance à l'égard de l'affaire des caricatures de Mahomet, qui a défrayé la chronique au début de l'année 2006. Ce qui m'intéressera tout d'abord ici, ce sont les réactions à la publication, par le journal danois *Jyllands Posten*, des dessins litigieux¹. Je ne traiterai pas des réactions violentes qui ont eu lieu, en particulier au Proche-Orient, et qui contredisent d'évidence les valeurs démocratiques et les droits de l'homme². Je m'attacherai plutôt à réfléchir aux réactions qui ont eu lieu dans le cadre de l'Etat de droit. Certains ont considéré que la liberté d'expression devait en l'occurrence être défendue de façon catégorique. Ils ne plaidaient pas en faveur d'une liberté absolue, bien sûr impraticable. Mais ils pensaient que la question des caricatures dites « blasphématoires » posait un problème essentiel, et que, dans ce contexte, la liberté d'expression ne pouvait être mise en cause³. D'autres, toujours dans le cadre de l'Etat de droit, affirmaient que la liberté d'expression devait être limitée dans une telle situation, pour des raisons de principe (respecter les sensibilités d'autrui) et de prudence (ne pas jeter d'huile sur le feu et attiser le ressentiment du monde musulman). Certains d'entre eux ont intenté des actions en justice en vue de sanctionner cet exercice supposé abusif de la liberté d'expression⁴. On ne peut choisir l'une ou l'autre des branches de cette alternative qu'en prenant de la distance et en examinant ses tenants et aboutissants.

J'envisagerai tout d'abord la manière dont la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des Etats-Unis traitent d'une telle question. Je montrerai que, pour « acclimater » le délit de blasphème, il est nécessaire de le *traduire* dans la langue des droits de l'homme, opération qui ne va pas sans périls majeurs. J'exprimerai ce processus de traduction illégitime, si on me le permet, par l'idée du « loup dans la bergerie » : l'adversaire des droits de l'homme (le « loup ») se déguiserait en défenseur de ces derniers (le « mouton »), rendant le travail critique d'autant plus difficile. Dans ce contexte, j'étudie un arrêt décisif de la Cour suprême des Etats-Unis en matière de blasphème, dont le caractère essentiel consiste en ceci qu'il appelle un chat un chat (ou un loup un loup) et *refuse la « traduction »*. Ensuite, je distingue soigneusement entre le blasphème et les propos racistes, souvent hâtivement – et illégitimement – rassemblés sous la bannière du « discours de haine » (*hate speech*). Je montre les effets pervers d'une telle identification fallacieuse. J'en viens alors au discours raciste pour lui-même, ainsi qu'à son avatar négationniste. Je termine par une analyse qui tente de rendre compte de la différence existant entre les positions respectives de la Cour de Strasbourg et de la Cour de Washington en termes d'acceptation ou de refus du test dit de la « balance des intérêts », ou encore de la « proportionnalité ».

Liberté d'expression et blasphème

L'arrêt Otto-Preminger

Nous commencerons donc par réfléchir, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, non pas à l'ensemble des limites que l'on peut ou ne peut pas légitimement assigner à la liberté d'expression, mais à la question spécifique du blasphème : peut-on limiter la liberté d'expression en sanctionnant judiciairement les « offenses à la religion » ? La décision la

¹ Les caricatures ont été publiées le 30 septembre 2005. La réaction, très « manipulée », a pris de l'ampleur plusieurs mois plus tard.

² J'analyse le contexte plus général de ces réactions dans G. HAARSCHER, *Les démocraties survivront-elles au terrorisme ?*, Bruxelles, Labor, 2002, 2^e éd. : 2006.

³ Dans ce sens : A. COMTE-SPONVILLE, G. HAARSCHER, *Le Soir*, 7 février 2006.

⁴ Au Danemark, en octobre 2005, des associations musulmanes avaient porté plainte contre le *Jyllands Posten* pour blasphème et insultes adressées à des personnes en raison de leur foi. Le parquet avait refusé de poursuivre. Les associations ont alors introduit une action au civil, alléguant que les dessins portaient « atteinte à leur honneur de croyants ». Les responsables du journal ont été acquittés le 26 octobre 2006 (*Le Soir*, 27 octobre 2006). En France, *Charlie Hebdo* a été poursuivi sur plainte, notamment, du Conseil français du Culte musulman, pour avoir reproduit les caricatures. Le procès a eu lieu les 7 et 8 février 2007, le jugement étant attendu pour le 15 mars.

plus célèbre et sans doute la plus controversée de la Cour de Strasbourg en la matière est l'arrêt *Otto-Preminger-Institut contre Autriche*⁵. Remettons brièvement l'affaire en mémoire. L'association Otto-Preminger, qui avait pour objet de diffuser des films d'art et d'essai, c'est-à-dire normalement non distribués dans les grandes salles, voulait faire jouer un film du réalisateur Werner Schröter à Innsbruck, capitale du Tyrol autrichien. Ce film racontait l'histoire de l'écrivain et dramaturge Oskar Panizza qui, un siècle plus tôt, en 1895, avait été condamné pour blasphème par la Cour d'Assises de Munich. La cause de la condamnation consistait en une pièce de théâtre, *Le Concile d'Amour*, virulemment anticatholique : Dieu le Père était présenté comme un vieillard impotent, Jésus comme un jeune handicapé mental, et Marie comme une dévergondée. Avec l'aide de Satan, ils décidaient de répandre la syphilis dans le monde pour punir l'humanité de ses péchés. Panizza fit de la prison, et la pièce ne fut jouée qu'en... 1969, à Paris, dans la mise en scène de Jorge Lavelli. A la fin des années 1980, le cinéaste Werner Schröter décida de faire un film sur l'histoire de Panizza, dans lequel le procès jouait un rôle important, et, au sein de celui-ci, la présentation de la pièce dans son intégralité. Le film, dont l'objet peut être considéré comme politique puisqu'il portait sur les rapports entre la religion, l'Etat et les citoyens (le créateur et son public), fut à l'affiche en divers endroits, mais c'est à Innsbruck que l'affaire prit une tournure judiciaire. Le diocèse de la ville porta plainte, et l'association fut poursuivie sur la base d'un article du code pénal autrichien réprimant le blasphème.

Il faut noter que l'association avait donné une publicité discrète et prudente au film : elle avait envoyé l'information à ses membres et l'avait distribuée en divers endroits de la ville. De plus, le film se donnait généralement en soirée (à 22 heures) et était interdit aux mineurs de moins de dix-sept ans. Le film n'était donc pas *intrusif*, comme on dit aux Etats-Unis : il n'était pas imposé aux gens, il fallait faire un acte de volonté pour aller le voir, dans les conditions restrictives que je viens d'indiquer. On pourrait dire *a contrario* que la publicité faite, quelques années après l'arrêt *Otto-Preminger*, au film *Larry Flynt* de Milos Forman, était, elle, « intrusive » : les affiches présentaient le fondateur de *Hustler Magazine*, qui avait eu plusieurs fois maille à partir avec la justice de son pays, vêtu seulement d'un lange aux couleurs du drapeau américain, dans la position du Crucifié, sur le pubis d'une jeune femme en bikini. On pourrait concevoir qu'un croyant traditionaliste n'ait pu, sur la voie publique, éviter les affiches, qui en auraient acquis un caractère intrusif. Un tribunal français, saisi en référé, refusa de faire retirer l'affiche, mais elle le fut spontanément par la suite⁶. *A fortiori* peut-on soutenir que le film présenté par l'association *Otto-Preminger* n'était pas intrusif, qu'il n'était « imposé » à personne, et que pour le voir il fallait le vouloir. Je rappelle qu'aux Etats-Unis, le niveau de protection de la liberté d'expression des différents médias dépend notamment de leur caractère intrusif ou non : la radio-télévision a toujours été moins protégée que la presse écrite étant donné sa présence au sein même de la cellule familiale⁷ (mais il faut quand même faire le

⁵ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (1994).

⁶ Voir « L'affiche et les principes », *Le Monde*, 20 février 1997. « ... à Paris, la société Columbia annonçait qu'à la demande du réalisateur l'affiche du film, autorisée en référé jeudi dernier par le tribunal d'instance de Paris, allait être retirée 'dans un souci d'apaisement' et afin 'd'éviter une récupération politico-religieuse' » (*L'Humanité*, 25 février 1997).

⁷ Voir R.L. WEAVER & D.E. LIVELY, *Understanding the First Amendment*, Newark, Lexis-Nexis, 2003, pp. 234-237. C'est la question de l'« auditoire captif » (*captive audience*). L'arrêt *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation* (1978) est intéressant à ce sujet. La décision portait sur le monologue d'un humoriste connu, George Carlin, intitulé *Filthy words*, dans lequel il prononçait et répétait à la radio des « gros mots ». La FCC menaça la station de sanctions futures, ce qui ne fut pas considéré par la Cour suprême comme violant le Premier Amendement. Le juge Stevens, écrivant pour la majorité de la Cour, utilisa le critère de la « présence particulièrement envahissante [de la radio-télévision] dans les vies de tous nos compatriotes » (je souligne), et le fait que ce média était « particulièrement accessible aux enfants ». Il existe des arrêts plus récents, relatifs à Internet. D'abord *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.* (1997), arrêt dans lequel la Cour déclare que deux dispositions législatives destinées à protéger les enfants de l'accès à des sites « indécents » et « évidemment offensants » sont contraires à la Constitution. Elle distingue explicitement ce cas de celui de la *Pacifica Foundation*, mentionné ci-dessus, pour justifier sa position « libérale ». Dans *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2004), une autre loi destinée à protéger les enfants est également considérée comme inconstitutionnelle (le juge Breyer émet une opinion dissidente intéressante). Notons que, dans le premier paragraphe de l'article 10 relatif à la liberté d'expression, la Convention européenne des droits de l'homme permet que la radio-télévision et le cinéma soient soumis à un régime

geste de l'allumer !). On pensera aussi au cinéma, dont les images sont accessibles même à un public non éduqué, voire illettré.

Ce sont donc les évêques qui portèrent plainte, sans que l'on sût quels étaient les sentiments de la population catholique elle-même. Un juge de la Cour de Strasbourg en fera d'ailleurs la remarque dans une affaire très similaire concernant cette fois la Grande-Bretagne, l'affaire *Wingrove*⁸. Le parquet poursuivit l'association, qui fut condamnée pour blasphème. Le film fut saisi et confisqué. Après avoir épuisé les recours internes – condition nécessaire pour porter l'affaire devant les juges de Strasbourg⁹ –, l'association introduisit une requête devant la Commission européenne des droits de l'homme. Celle-ci examina d'abord la légalité de la mesure, ce qui ne posa pas de problème : il existait une loi, la section 188 du Code pénal autrichien. Ensuite, la Commission se pencha sur le but légitime. C'est ici que se pose le problème difficile, puisque la répression du blasphème ne fait bien sûr pas partie de l'énumération des buts dits légitimes dans le second paragraphe de l'article 10¹⁰. Il fallait donc *traduire* l'« offense à la religion » dans le langage de la Convention. La Commission, puis la Cour, trouvèrent – on le verra – plusieurs buts légitimes, dont le principal constitue la « protection des droits d'autrui ». En fait, cette traduction « blasphème = violation des droits d'autrui » était déjà présente dans la procédure autrichienne¹¹. Plus généralement, c'est dans la culture des Etats démocratiques elle-même que des survivances d'une époque où l'Etat et la religion entretenaient des relations « incestueuses » (celui-là protégeant celle-ci) ont été traduites en exigences des droits de l'homme eux-mêmes (« droits d'autrui »). Pour dire les choses simplement, la protection de la religion contre les critiques virulentes des « Lumières » est transformée en un conflit « systémique » *entre droits*. Il ne s'agit plus, après cette opération de prestidigitation rhétorique, d'une opposition entre la liberté d'expression, droit de l'homme important s'il en est, et le théologico-politique qu'incarnent les lois sur le blasphème, mais d'une tension entre deux droits : *le conflit se trouve dès lors immanentisé au domaine des droits de l'homme*. Le tour est joué : la limitation de la liberté d'expression est rendue acceptable, au nom même des valeurs globales (les droits de l'homme) que celle-ci incarne.

Il ne faut pas accorder trop d'importance au ton ironique de ma démonstration. Souvent, cette « traduction » s'opère inconsciemment, et ceux qui la pratiquent sont de bonne foi. Parfois cependant – je le montrerai plus loin – la traduction revêt un aspect redoutablement pervers, et la mauvaise foi apparaît flagrante. La traduction à laquelle se livrent la Commission et la Cour (et déjà les tribunaux autrichiens) relève de la première catégorie. Mais c'est l'un des rôles majeurs de la philosophie du droit que d'élucider les présupposés souvent inconscients de la pratique des juges (et de tous ceux qui, en général, participent à l'administration de la justice)¹².

La Commission reconnaît donc l'existence d'un but légitime (nous verrons qu'elle-même et la Cour en accepteront encore d'autres dans la liste de l'article 10 § 2). Il lui reste à décider si la mesure, légale et servant ce but légitime (légitimité que, pour ma part, je conteste), est « nécessaire

d'autorisations contrôlé par la Cour (L.E. PETTITI, E. DECAUX & P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1999, pp. 376-383)

⁸ « L'opinion effective des croyants reste inconnue » (*Wingrove c. Royaume-Uni* [1996]).

⁹ Et d'abord, à l'époque, devant les membres de la Commission européenne des droits de l'homme.

¹⁰ Ce paragraphe est le suivant : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

¹¹ « Le diocèse d'Innsbruck a porté plainte du chef de "dénigrement de doctrines religieuses." Le film est jugé susceptible de provoquer l'indignation légitime, déclare la Cour d'appel d'Innsbruck, car il est de nature "à blesser les sentiments religieux d'une personne moyenne dotée d'une sensibilité religieuse normale." La Cour d'appel considère cette condition comme « remplie en l'espèce » (arrêt *Otto-Preminger-Insttut c. Autriche*, § 13, je souligne).

¹² Il s'agit d'« exhumer les prémisses philosophiques occultes qui orientent de manière inconsciente la pratique du droit afin d'en apprécier la pertinence et, si nécessaire, les remettre en cause. » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 671).

dans une société démocratique ». Sans entrer dans toutes les subtilités (parfois vaines) de l'interprétation de cette notion – nous y viendrons dans la dernière partie du présent article –, nous pouvons dire que la mesure doit être proportionnée au dommage occasionné à l'intérêt (« but légitime ») protégé par le paragraphe 2 de l'article 10 : on n'écrase pas une mouche avec un canon. De ce point de vue, la Commission considère que la censure préalable d'un film – sa saisie et sa confiscation avant qu'il ait pu être joué – est disproportionnée par rapport à l'intérêt en cause, à savoir les droits d'autrui (en l'occurrence le droit au respect des sensibilités religieuses, considéré comme une partie de la liberté de conscience). La Cour, pour sa part, fait le même raisonnement que la Commission en ce qui concerne la légalité et le but légitime de la mesure contestée dans la requête de l'association Otto-Preminger, mais elle ne « sauve » même pas en ultime instance la liberté d'expression, puisqu'à l'inverse de la Commission, elle considère que la mesure est proportionnée, donc nécessaire dans une société démocratique. L'Autriche n'a donc *pas* violé la Convention. On comprend l'intensité de la controverse qu'a suscitée un arrêt si étrange.

Mais cette étrangeté, contrairement aux apparences, ne relève pas du cas isolé : l'arrêt *Otto-Preminger* ne constitue pas une décision aberrante, qui n'aurait pas fait jurisprudence. C'est à mon sens, comme j'essaierai de le montrer, tout le contraire qui a eu lieu. Le droit des citoyens de ne pas être « insultés » dans leurs convictions religieuses ne figure bien entendu pas dans la Convention : c'est une création prétorienne de la Cour. Ce supposé « droit » constitue un pont – bien fragile – entre le blasphème (atteinte à « la » religion) et la liberté de conscience (droit de vivre librement le culte de son choix, ou de ne pas pratiquer).

Remarquons que la légèreté apparente de l'examen par lequel la Commission et la Cour vérifient qu'il existe bien un but légitime permettant de limiter la liberté d'expression peut s'expliquer par des considérations liées à la nature de la juridiction strasbourgeoise. Il s'agit d'une juridiction internationale qui s'est petit à petit affirmée, notamment par la généralisation du droit de recours individuel, mais qui se doit de ne pas verser dans l'activisme judiciaire, encore plus périlleux pour elle que pour une juridiction nationale. En ce sens, le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme ne consiste pas à invalider de façon générale des dispositions législatives, ou des précédents dans le système de *common law* (bien que certaines de ses décisions aient parfois cette conséquence¹³) : elle s'en tient le plus possible au cas à trancher¹⁴. En matière d'appréciation de la légitimité du but poursuivi par l'Etat « répressif », la Cour de Strasbourg adopte souvent (du moins pour le problème qui nous concerne) une attitude déférente, qui tranche avec la manière dont la Cour suprême des Etats-Unis peut à l'occasion invalider un but invoqué par les pouvoirs publics¹⁵. Autrement dit, elle essaye de s'en tenir à une mise en balance des intérêts en présence en jugeant le plus possible au cas par cas (c'est – nous y reviendrons – ce que les Anglo-Saxons appellent le *ad hoc balancing*¹⁶). Il reste que, comme tout tribunal, elle doit créer une jurisprudence cohérente : soit, au nom du principe de justice formelle¹⁷, elle relie entre elles des décisions portant sur des cas similaires, soit elle énonce clairement un changement de cap (un revirement de jurisprudence).

¹³ Je pense par exemple à l'arrêt *Marckx c. Belgique* (1979), qui a induit un changement de législation important en Belgique concernant les droits des enfants naturels dans leur rapport à ceux des enfants légitimes.

¹⁴ « Il n'appartient cependant pas à la Cour de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité du droit interne avec la Convention. Le degré de protection assuré par le droit anglais aux autres croyances n'est pas en jeu devant la Cour, laquelle doit se borner à examiner l'affaire dont elle est saisie. » (*Wingrove c. Royaume-Uni*, § 50).

¹⁵ En ce qui concerne la notion de but légitime, la Cour de Strasbourg pourrait parfois avoir avantage à suivre l'exemple de la Cour suprême des Etats-Unis : “True, the Act's stated purpose is to protect academic freedom... While the Court is normally deferential to a State's articulation of a secular purpose, it is required that the statement of such purpose be sincere and not a sham [de la “frime”].” (*Edwards v. Aguillard*, 1987 – je souligne. Il s'agit d'un arrêt majeur refusant que l'on impose au nom de la liberté académique l'enseignement du créationnisme à l'école à côté de la biologie darwinienne scientifique).

¹⁶ Sur l'*ad hoc balancing*, voir A. ALEINIKOFF, « Constitutional law in the age of balancing », *Yale L.J.*, vol. 96, N°5, avril 1987, p. 948.

¹⁷ « On peut donc définir la justice formelle ou abstraite comme un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon. » (C. PERELMAN, « De la justice », in C. PERELMAN, *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 30 – souligné par l'auteur).

Certes, dans la réalité de la vie judiciaire, ces exigences sont souvent assouplies. Je tenterai de montrer par la suite que la Cour, dans le cas de la répression des propos jugés blasphématoires, a adopté une jurisprudence cohérente (dont je conteste, pour des raisons philosophiques, la pertinence).

Je disais plus haut que la protection des droits d'autrui ne constituait pas le seul but légitime, énoncé dans l'article 10 § 2, invoqué par la Cour. Elle utilise d'autres arguments – invoque d'autres intérêts –, ce qui m'apparaît très intéressant pour déterminer de façon plus précise ses présupposés. Tout d'abord la protection de la *morale*. C'est l'un des buts légitimes énoncés dans la Convention. Mais les commentateurs n'ont pas manqué de remarquer qu'il posait sans doute plus de problèmes qu'il n'en résolvait. La philosophie des droits de l'homme suppose une société de liberté ordonnée, et en particulier le respect strict d'un droit majeur : la liberté de conscience (article 9 de la Convention). Cette liberté signifie qu'en matière d'orientation spirituelle (de « sagesse », de définition du « sens de la vie »), les individus sont libres de se déterminer sans que quelque contrainte que ce soit (le fameux *compelle intrare*¹⁸) soit acceptable. Bref, chacun peut librement définir ou recevoir sa propre morale (sa conception du Bien et du Mal) : il doit simplement reconnaître le même droit à autrui. En d'autres termes, les droits de l'homme présupposent le pluralisme des conceptions morales. Comment alors pourrait-on limiter un de ces droits (la liberté d'expression) au nom de la morale ? Le sujet est évidemment très délicat. Il touche au moins à deux domaines : celui de la sexualité, et corrélativement de ce qui sera défini comme obscène ; celui des religions, dans la mesure où les morales se sont longtemps développées à l'intérieur de systèmes religieux imposés par la force du « bras séculier » étatique. Mais dans une société pluraliste, les conceptions des bonnes mœurs et du sacré varient, surtout au sein d'un ensemble aussi disparate que le Conseil de l'Europe, au sein duquel fonctionnent les institutions créées par la Convention. Ce qui repose la question : qu'est-ce que la morale, au sens d'un but légitime de limitation de la liberté d'expression, défini par la Convention ? Une solution a consisté, pour la Cour (et pour la défunte Commission), à utiliser la notion, créée par elle, de *marge d'appréciation*. Dans la mesure où « la » morale signifie des choses très différentes d'Etat à Etat, ou de la ville à la campagne, ou encore de région à région, les autorités nationales ne sont-elles pas « mieux placées » (plus proches des problèmes) qu'une juridiction internationale éloignée, pour apprécier ces questions délicates ? De ce point de vue, la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis va dans le même sens quand elle relie les questions d'obscénité aux *community standards*, c'est-à-dire aux conceptions locales de la morale¹⁹. Mais nous verrons qu'en matière religieuse, la position de cette même Cour est radicalement différente de celle qu'a adoptée, au moins durant les douze dernières années, la Cour de Strasbourg.

Une autre manière de se sortir du paradoxe auquel nous confronte un univers pluraliste dans lequel on accorde une place importante (génératrice de répression) à la morale consiste à *subjectiver* cette dernière. Dans cette perspective, on ne soutiendra pas que la morale a été violée en tant qu'intérêt fondamental, mais que des individus ont été *heurtés dans leurs convictions morales*. La morale rejoint ici les « droits d'autrui ». Suffirait-il alors que ces individus soient assez nombreux en un endroit pour que la marge d'appréciation joue dans un sens liberticide ? C'est en

¹⁸ « Et le seigneur dit à l'esclave : Sors sur les chemins et le long des clôtures, et force les gens à entrer, pour que ma maison soit remplie. » (*Luc*, XIV, 23).

¹⁹ Dans l'arrêt *Miller v. California* (1973), la Cour, présidée par le juge Warren Burger, a indiqué trois critères qui, s'ils sont tous présents, rendent un discours obscène et donc non protégé. (1) Une personne moyenne appliquant des critères « communautaires » (locaux) contemporains considère que le *speech (sensu lato)* en appelle à l'intérêt lascif ; (2) le *speech* décrit des actes sexuels, définis par la loi, de façon particulièrement choquante ; (3) l'œuvre prise comme un tout manque de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique sérieuse. L'adjectif « sérieuse » rend plus facile la condamnation pour obscénité que dans le cas où, comme dans une formulation antérieure de la Cour, on parlait de l'absence de « la moindre » *redeeming value* (une valeur qui « rachète » l'obscénité : on en trouvera toujours une). Notons également que la possession de matériel obscène dans le cadre de la vie privée est permise (ce n'est d'ailleurs pas une question de Premier Amendement), et que la pornographie infantile est réprimée même quand elle n'atteint pas le niveau de l'obscénité. En Europe, la valeur de la protection de l'enfance constitue un argument fort dans l'exercice du *balancing*, comme on le voit dans le célèbre arrêt *Handyside* de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir aussi l'arrêt *Müller c. Suisse* (1988).

tout cas ce que semble dire la Cour dans l'affaire *Otto-Preminger*, puisqu'elle rappelle que la religion catholique est celle de l'immense majorité des Tyroliens²⁰. Mais s'il faut protéger les sensibilités religieuses, les *minorités* ne devraient-elles pas, si l'on veut éviter la discrimination, bénéficier de la même considération ? Nous verrons que c'est exactement ce que reprochent les Musulmans à la loi anti-blasphème anglaise : elle ne protège que la religion établie, c'est-à-dire l'anglicanisme, et par voie de conséquence – au moins partiellement – les autres dénominations chrétiennes. On voit donc comment fonctionne, ici, la traduction : la protection de la religion est considérée comme une partie (sans doute essentielle) de la protection de la morale, et la définition de cette dernière notion dépend du contexte, des convictions empiriquement existantes, des sensibilités : il n'y a pas en Europe de « consensus discernable »²¹ à propos des rapports entre la religion (la morale religieuse) et la société, dit la Cour. On comprend qu'elle ait fait un usage assez massif de la notion de marge d'appréciation pour ne pas se laisser entraîner dans une discussion potentiellement ingérable. La Cour suprême des Etats-Unis a bien entendu été confrontée, dans ce grand pays que forment les Etats-Unis, à un problème identique : elle s'en est sortie en prenant une direction *exactement inverse*, c'est-à-dire en *refusant* de protéger les sensibilités religieuses, que ce soit au nom des droits d'autrui ou au nom de la morale.

La Cour de Strasbourg, on l'a souvent noté²², ne respecte pas toujours les étapes prévues pour l'argumentation en matière de limitation de la liberté d'expression : légalité ; but légitime ; proportionnalité. Nous analyserons brièvement plus loin l'arrêt *Handyside*²³, qui revêt, dans le cadre de nos préoccupations, une double importance : il a créé une jurisprudence relative, justement, aux propos qui heurtent, choquent ou inquiètent, et il a établi des critères permettant de concrétiser la notion de « nécessité dans une société démocratique ». L'un de ces critères s'énonce : « besoin social impérieux »²⁴. Il se laisse définir de façon générale en relation avec la notion de proportionnalité : on ne peut limiter la liberté d'expression que si la volonté d'empêcher la violation d'un des buts légitimes de l'article 10 § 2 correspond à une nécessité très pressante. Or la Cour, dans l'affaire *Otto-Preminger*, affirme (sans le justifier) qu'elle est en présence d'un besoin social impérieux. Il s'agit de protéger les sentiments religieux d'une population, laquelle ne s'est d'ailleurs pas manifestée elle-même, mais seulement par le truchement d'évêques²⁵ qui, dans la tradition hiérarchique de l'Eglise catholique, ne lui ont sûrement pas demandé son avis²⁶. Mais, dans le contexte précis de l'affaire, peut-on véritablement parler de besoin social impérieux sans qu'un tel argument constitue, pour reprendre la terminologie de l'affaire *Edwards v. Aguillard*, de la « frime » (*a sham*) ? La Cour en est sans doute quelque peu consciente, puisqu'elle appuie l'argument du besoin social impérieux sur l'idée (le fantasme) d'une menace pour la « paix religieuse »²⁷. Cette dramatisation « hobbesienne » viserait-elle à convaincre de ce que les relations entre communautés religieuses sont tellement explosives qu'une critique vigoureuse des croyances de l'une d'entre elles (fût-elle majoritaire) risquerait de mettre le feu aux poudres et de déclencher une guerre civile ? C'est un argument qui a été récemment utilisé dans l'affaire des caricatures de Mahomet, dans un

²⁰ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 56 (à la fin de l'arrêt, juste avant la décision de non-violation).

²¹ *Ibid.*, § 5.

²² VOIR S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 79-86. Voir aussi *infra*.

²³ *Handyside c. Royaume-Uni* (1976).

²⁴ Dans l'arrêt *Handyside*, la Cour pose trois conditions à la limitation des droits garantis dans les art. 8 à 11 (ici la liberté d'expression) : « besoin social impérieux » (1) ; « proportionnalité » (2) ; motifs « pertinents et suffisants ». Ces trois critères se réduiront souvent, dans la suite de la jurisprudence de la Cour, au seul critère de proportionnalité. Voir *infra*.

²⁵ Nous verrons, dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, que cette dernière refuse précisément que les orthodoxies les plus puissantes, que ceux qui crient le plus fort, déterminent les limites de la liberté d'expression. Voir *infra* l'arrêt *Joseph Burstyn v. New York* (1952), et le danger constitué par les *most powerful and vocal orthodoxies*.

²⁶ Voir l'affirmation déjà citée de l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* (1996) : « l'opinion des croyants reste inconnue ».

²⁷ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 52.

contexte effectivement très préoccupant d'intimidation, voire de menaces terroristes. *Mais au paisible Tyrol?* Voudrait-on le faire ressembler à la France du XVI^e siècle, à l'Angleterre du XVII^e, à la Turquie d'il y a quelques années, quand la Cour de Strasbourg avait accepté la conformité à la Convention de l'interdiction du parti islamiste Refah²⁸? Toujours est-il qu'une telle dramatisation rhétorique permet de relier la répression du blasphème à un troisième but légitime : la protection *de l'ordre*. Ces curieuses considérations font d'une certaine manière écho à ce que la Cour suprême des Etats-Unis appelle des *fighting words* : des mots (ou des images) qui risquent de susciter une réaction violente, bref de porter atteinte à la « paix »²⁹. La faiblesse de l'argument dans le contexte autrichien parle d'elle-même. La Cour dit même qu'il s'agit de « protéger l'ordre public contre le film »³⁰ Mais de quel ordre public s'agit-il? Concerne-t-il ceux qui n'iront pas voir le film? Ou des adultes qui auront au contraire décidé, en toute liberté et responsabilité, d'aller le voir?

Trois buts légitimes sont donc invoqués par la Cour : *les droits d'autrui, la morale et l'ordre*. Dans chaque cas, la traduction effectuée – le passage d'un ordre juridique à l'autre – pose des problèmes redoutables. J'ai dit plus haut à quel point la transformation d'un conflit classique entre la liberté d'expression et un Etat protégeant la religion par des dispositions répressives, en un conflit « systémique » entre droits, apparaissait intellectuellement perverse. Mais la traduction du blasphème dans le langage d'une morale pourtant pluraliste, ou, pis, dans celui de l'« ordre », est sans doute encore moins satisfaisante. Chaque fois, il s'agit de tenter de soutenir (contre toute évidence philosophique) que la répression du blasphème revient finalement à la même chose que la protection des droits d'autrui, de la morale ou de l'ordre. Ce sont trois intérêts protégés, seul le premier étant directement formulé en termes de droits (et donc de conflit systémique). La Commission et la Cour avaient accepté la légitimité des buts invoqués. Simplement, nous le savons, la première a jugé la mesure disproportionnée, la seconde a donné raison à l'Autriche.

L'affaire *Handyside contre Royaume-Uni* de 1976 nous importe, je l'ai dit, doublement. C'est un arrêt qui a fixé certains critères d'explicitation de la notion de « nécessité dans une société démocratique », mais c'est aussi une décision dont l'une des affirmations de principe fut – et reste toujours – parmi les plus citées dans les affaires relatives à la liberté d'expression. Or il introduit une notion lourde de sens, qui réapparaît (mais curieusement « traduite ») dix-huit ans plus tard dans l'affaire *Otto-Preminger*. Handyside, un éditeur britannique, avait publié la traduction d'un livre danois d'éducation à la sexualité, *The little red school book*. Sur la base d'une loi sur les publications obscènes, les livres furent confisqués puis détruits, et il fut condamné à une amende³¹. Selon l'accusation, le livre incitait les enfants à une sexualité précoce. Le but légitime retenu était la morale (dans ses relations avec la protection de l'enfance). Mais la Cour a mis les choses au point en voulant éviter qu'une jurisprudence répressive se dégage de cet arrêt particulier. Dans un paragraphe justement célèbre, elle a déclaré que les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent » (sous-entendu : les adultes) étaient protégés par l'article 10 de la Convention³². L'expression qui ne

²⁸ Voir arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (2003). Le premier arrêt avait été rendu en 2001.

²⁹ La doctrine des *fighting words* en droit constitutionnel américain permet une limitation de la liberté d'expression protégée par le Premier Amendement. Dans l'arrêt *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), la Cour définit les *fighting words*, appelés aussi mots « insultants », comme ceux qui blessent par leur expression même et tendent à susciter une violation de la paix (*breach of the peace*). La doctrine est toujours juridiquement valide (*good law*), bien que la Cour ait par la suite limité quelque peu ses conditions d'application. Pour un bon résumé de l'évolution de la jurisprudence, voir http://en.wikipedia.org/wiki/Fighting_words.

³⁰ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 52.

³¹ *Handyside c. Royaume-Uni*, §§ 17, 18.

³² « Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui *heurtent, choquent ou inquiètent* l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veut le pluralisme, la *tolérance* et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société

gêne personne ne risque pas d'être censurée : ce sont les propos vigoureux qui risquent de susciter des désirs de répression, et doivent être protégés. Une telle position semble faire écho à un arrêt fameux de la Cour suprême des Etats-Unis sur la liberté d'expression, *New York Times v. Sullivan* (1964)³³.

La Cour de Strasbourg ajoute, en 1976, que cette protection des propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent » constitue l'expression de la *tolérance* qui doit régner dans les sociétés pluralistes et démocratiques. Comment comprendre une telle affirmation ? Pour faire bref, on rappellera que la tolérance a constitué, *grosso modo* à partir du XVII^e siècle, une valeur permettant la coexistence d'engagements religieux concurrents : « tolérer », c'est désapprouver des idées (ainsi que les pratiques qui leur correspondent) *et* manifester la volonté de ne pas les supprimer. Pour les opinions qui ne heurtent, ne choquent ou n'inquiètent pas, point n'est besoin de tolérance : on les accepte aisément. La tolérance comme vertu, son exercice difficile, n'a de sens que quand un effort est requis : on est choqué, étant convaincu de ce que c'est « mal » ou « faux », *et on ne réprime pas*. Cette idée de la tolérance s'est développée au temps des guerres de religions entre catholiques et protestants : son histoire fut – et est toujours – complexe, son parcours sinueux. Elle a débouché, au meilleur d'elle-même, sur la pleine acceptation de conceptions du Bien différentes, garantie par le droit : telle est la notion de liberté de conscience. Mais pour que cette dernière – c'est du moins d'une telle manière que je comprends l'argumentation de la Cour – puisse ne pas se réduire à ce que le philosophe du droit américain Karl Llewellyn appelait, dans un tout autre contexte, des *paper rules* (des règles « de papier »)³⁴, il est nécessaire que lui correspondent des attitudes, des mentalités, au cœur desquelles se situe le travail, perpétuellement à reprendre, de la tolérance. C'est quand cette dernière se trouve confrontée aux propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent » qu'on en mesure la force ou la faiblesse. Voltaire, voulant « écraser l'infâme »³⁵, a choqué les croyants : sa pièce *Mahomet* a même fait, tout récemment encore, des vagues en France et en Suisse (où il s'était pourtant jadis réfugié)³⁶. Léon Bloy³⁷, stigmatisant notamment les athées, les a sûrement heurtés. *Le Concile d'Amour* – à supposer qu'on veuille aller le voir – se révélera sûrement choquant pour des catholiques très pratiquants, voire traditionalistes. Les caricatures de Mahomet publiées par le *Jyllands Posten*, ou, dix-sept ans auparavant, les *Versets sataniques* de Salman Rushdie, pouvaient aussi heurter des croyants. La liste est longue. Mais la Cour de Strasbourg, dans son arrêt *Handyside* de 1976, semblait avoir décidément pris parti pour la liberté d'expression et la tolérance des opinions qui dérangent.

Or il est assez paradoxal de constater que cette même Cour a légitimé dix-huit ans plus tard la censure du film de Werner Schröter sur Panizza, *mais* qu'elle n'a pas assumé l'abandon la jurisprudence libérale « Handyside ». Au contraire, elle s'est explicitement référée *positivement* au

démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi. » (*Handyside c. Royaume-Uni*, § 49 – je souligne).

³³ “In the realm of *religious faith*, and in that of *political belief*, sharp differences arise. In both fields, *the tenets of one man may seem the rankest error to his neighbor*. To persuade others to his own point of view, the pleader, as we know, at times resorts to *exaggeration, to vilification of men who have been, or are, prominent in church or state, and even to false statement*. But the people of this nation have ordained, in the light of history, that, in spite of the probability of excesses and abuses, these liberties are, in the long view, *essential to enlightened opinion* and right conduct on the part of the citizens of a democracy.” (arrêt *Cantwell v. Connecticut* [1940], cité par le très libéral juge Brennan, rédacteur de l'opinion majoritaire de *New York Times v. Sullivan* [1964]). L'arrêt *Cantwell* a rendu la liberté de religion, protégée par le Premier Amendement, opposable aux Etats fédérés, et par extension aux pouvoirs locaux. C'est le célèbre processus d'*incorporation*. Voir *infra*. On notera à quel point ce considérant se situe aux antipodes de la jurisprudence *Otto-Premlinger* et confirme l'arrêt *Burstyn* de 1952 sur le blasphème, que nous analyserons plus loin.

³⁴ Voir notamment B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 433.

³⁵ « L'infâme est donc l'intolérance, pratiquée par des Églises organisées, et inspirée par des dogmes chrétiens. En fin de compte, l'infâme, c'est le christianisme ». (R. POMEAU, *La religion de Voltaire*, Paris, Nizet, 1959, p. 310).

³⁶ Finalement, la pièce a échappé à la censure. Voir « Une *fatwa* contre Voltaire ? », *Le Monde*, 15 février 2006.

³⁷ 1846-1917. Polémiste catholique extrêmement virulent En particulier dans son antisémitisme : « Au double point de vue moral et physique, le youtre moderne paraît être le confluent de toutes les hideurs du monde. » (cité par J.-D. BREDIN, *L'Affaire*, Paris, Julliard, 1983, p. 44). On ne peut être plus délicat. Il s'agit bien entendu de l'affaire Dreyfus.

fameux paragraphe de l'arrêt de 1976, et nous verrons qu'elle a continué à le faire, dans le même type d'affaires, jusqu'à aujourd'hui. En 2006 encore, la Cour s'est référée *à la fois* à *Handyside* et à *Otto-Preminger*. Comment comprendre cela ? Serions-nous naïfs en considérant que ces deux arrêts s'opposent comme l'eau et le feu ? *Handyside* déclare que les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent » sont protégés par la Convention. *Le Concile d'Amour* heurte, choque, inquiète même peut-être. Mais l'association Otto-Preminger n'est *pas* protégée par la Cour, qui ne voit dans la censure par les tribunaux autrichiens rien qui contrevienne au traité de 1950. Une subtilité nous aurait-elle échappé ? En fait, la Cour opère une distinction que, bon an mal an, elle a maintenue jusqu'à aujourd'hui. Elle distingue en effet – ou tente à toute force de le faire – d'une part les propos protégés par la jurisprudence *Handyside*, d'autre part ce qu'elle appelle des propos « gratuitement offensants », c'est-à-dire, selon elle, des expressions qui ne « contribuent à aucun débat d'intérêt public »³⁸. Bref, si l'on saisit bien la subtilité « scolastique » de cette distinction, les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent sont protégés pour autant que leur expression fasse partie d'un débat politique au sens élevé du terme, ou en tout cas d'une discussion d'intérêt « sociétal » général. *Le Concile d'Amour* fut, nous l'avons vu, explicitement présenté comme une pièce traitant d'un sujet politique majeur : la question des relations entre la religion, l'Etat et la création. Mais la *manière* dont le débat a été engagé comprenait, si l'on suit l'argumentation de la Cour, des offenses gratuites qui ne contribuaient aucunement à une telle discussion, en tant que telle « protégée » par la jurisprudence *Handyside*. Nous verrons que la Cour a continué à utiliser cette distinction, se prononçant parfois en faveur de l'Etat, parfois en faveur du requérant, et cela en fonction de l'absence ou de la présence de propos qu'elle juge gratuitement offensants, c'est-à-dire ne contribuant pas à un débat d'intérêt général. Dans le premier cas, elle considère que la mesure attaquée est « nécessaire dans une société démocratique » (proportionnée à l'atteinte faite à tel ou tel intérêt énoncé dans le paragraphe 2 de l'article 10) ; dans le second, elle déclare la mesure disproportionnée et condamne l'Etat. *La Cour a donc, de façon plus ou moins explicite, élaboré un « test » en matière de propos jugés blasphématoires* : pour les réprimer légitimement, il ne suffit pas qu'ils choquent, il faut encore que l'offense aux convictions religieuses soit gratuite, inutile, sans effet positif sur le débat démocratique. Les juges se sont donc attribué un pouvoir redoutable, qui ne rassurera pas les défenseurs des droits de l'homme, surtout en matière de sécurité juridique. Comment prévoir à quel moment la limite sera franchie aux yeux de la Cour ? Quand une critique vigoureuse deviendra-t-elle « gratuite », donc non protégée par la Convention ? N'existe-t-il pas un risque d'autocensure – ce que les Américains appellent un *chilling effect*, un « gel » de la liberté d'expression³⁹ ?

Ce risque est même présent dans l'argumentation des juges dissidents, qui contestent l'assimilation, faite par la majorité dans l'arrêt *Otto-Preminger*, entre liberté religieuse et respect des sensibilités religieuses⁴⁰. Ils ajoutent en effet à leur affirmation « libérale » selon laquelle « la tolérance va dans les deux sens », autrement dit qu'il ne faut pas exagérer⁴¹. Ils s'accordent donc avec la majorité sur le refus des attaques gratuites contre les « convictions », les personnages et les symboles des religions. Simplement, ils ne considèrent pas la projection du film de Schröter comme relevant de cette dernière catégorie de propos. C'est certes l'évidence : le procès et la condamnation

³⁸ Voir par exemple *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 49.

³⁹ Aux Etats-Unis, l'expression « *chilling effect* » renvoie aux effets d'étouffement ou de « gel » du discours protégé, que produisent des lois « trop larges » (*overbroad* – voir *infra*, arrêt *Virginia v. Black*) ou trop vagues. Elle a été utilisée par le juge Brennan en 1965, dans l'affaire *Lamont v. Postmaster General*. Dans cet arrêt, la Cour a invalidé une loi fédérale qui exigeait des utilisateurs de la Poste qu'ils signalent chaque fois officiellement avoir reçu de la propagande communiste (ce qui, bien entendu, les « signalait » eux-mêmes au gouvernement).

⁴⁰ « La Convention ne garantit pas explicitement un droit à la protection des sentiments religieux. Plus précisément, semblable droit ne peut être dérivé du droit à la liberté de religion qui, en réalité, inclut un droit d'exprimer des vues critiquant les opinions religieuses d'autrui. » (arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, opinion dissidente des juges Palm, Pekkanen et Makarczyk).

⁴¹ « Néanmoins, il faut admettre qu'il peut être "légitime", aux fins de l'article 10. ..., de protéger les sentiments religieux de certains membres de la société contre les critiques et insultes d'une certaine gravité; *la tolérance est à double sens* et le caractère démocratique d'une société se trouvera affecté si des attaques violentes et injurieuses contre la réputation d'un groupe religieux sont autorisées. En conséquence, il faut aussi admettre qu'il peut être "nécessaire dans une société démocratique" de fixer des limites à l'expression publique de telles critiques ou insultes. Dans cette mesure, mais pas au-delà, nous pouvons suivre la majorité. » (*Ibidem*. Je souligne).

de Panizza constituent un sujet politique – digne d’un « débat public » – par excellence. Mais il reste que les juges dissidents préservent la possibilité d’attaques verbales, de « blasphèmes » censurables : ils posent que la tolérance va dans les deux sens, autrement dit que, si la majorité catholique tyrolienne doit respecter le droit de l’association et des spectateurs potentiels, ce dernier droit doit être exercé dans un certain respect de l’Autre. *Or cette apparente réciprocité de la tolérance ne tient pas philosophiquement la route.* « Tolérer » les croyants, même si l’on considère leurs convictions et pratiques comme ridicules ou superstitieuses, signifie leur garantir une liberté totale de culte (bien sûr dans le respect du même droit pour autrui et l’obéissance aux lois du pays). Cela ne signifie en aucune manière ne pas pouvoir les critiquer, même vivement, fût-ce en les choquant.

Certes, il y a des discours critiques qui gênent effectivement autrui : on ne peut hurler en face de quelqu’un le mépris de ses convictions et le harceler, sans violer sa liberté de conscience et de culte. Mais il s’agit ici d’un discours face-à-face, que les Américains appellent *fighting words* (j’en ai donné la définition plus haut), et qu’ils considèrent à juste titre comme n’étant pas protégé. C’est le discours « intrusif » par excellence, bien plus que ne l’étaient les affiches incriminées du film *Larry Flynt* de Milos Forman. Mais ceci ne relève pas du *contenu* du discours ou de l’image. Personne n’est obligé de lire un livre ou d’aller voir un film : il n’y a pas d’élément intrusif en la matière, surtout si la publicité, qui, elle, s’adresse à tout le monde, est faite avec mesure. Dans l’affaire *Otto-Preminger*, ce sont les évêques qui ont fait « intrusion »⁴² dans un domaine qui ne regardait que le cinéaste, les distributeurs et les spectateurs. Ce sont *eux* qui ont fait preuve d’intolérance en voulant – et en réussissant à – faire interdire un film qui leur déplaisait. C’est le Code pénal autrichien qui manifeste l’intolérance du « législateur », dans la mesure où il sanctionne de telles pratiques. Si la tolérance va dans les deux sens, cela ne peut vouloir dire que ceci : nous ne pouvons faire intrusion dans les pratiques qui nous déplaisent, et la réciprocité est bien sûr exigée. Mais le contenu et la manière de la critique des idées, religieuses ou autres, ne peut constituer l’objet d’une censure si personne n’est obligé de la « subir », comme c’était le cas dans l’affaire *Otto-Preminger*.

Les arrêts ultérieurs de la Cour européenne des droits de l’homme

Je vais maintenant parcourir de façon très rapide certains arrêts plus récents de la Cour européenne des droits de l’homme⁴³, de façon à justifier mon affirmation selon laquelle l’arrêt *Otto-Preminger* est, encore aujourd’hui, du « droit valide » (« *good law* » aux Etats-Unis). La première décision importante est *Wingrove contre Royaume-Uni* (1997). Nigel Wingrove avait écrit le scénario et dirigé l’enregistrement d’une vidéo, intitulée *Visions of Ecstasy*, montrant notamment Sainte Thérèse d’Avila réalisant ses fantasmes sexuels sur le corps mort du Christ. La morale était ici en cause, dans la double dimension soulignée plus haut : celle de l’offense à la religion (le délit de blasphème est puni par la *common law*) et celle de l’obscénité⁴⁴. A ces éléments s’ajoutait une dimension d’« intrusivité » sans doute plus forte que dans l’affaire du *Concile d’Amour*, puisqu’une vidéo, à la différence d’un film qui ne peut être vu qu’en salle à certaines heures par un public d’un certain âge, circule très facilement et qu’il est infiniment plus difficile de savoir et de contrôler qui la verra ou ne la verra pas. Certes, il en va de même des livres, mais j’ai souligné plus haut le fait que l’image était accessible à un public plus large, dans la mesure où sa « consommation » ne requiert pas l’alphabétisation, l’éducation et la culture. Wingrove fut

⁴² L’arrêt *Otto-Preminger* considérait que l’offense gratuite heurtait les sentiments de croyants dont on affirmait en quelque sorte qu’ils ne pouvaient exercer leur liberté de culte si un film aussi outrageant que celui de Schröter était joué dans une salle de leur ville après 22h. Faire dépendre la liberté d’expression des réactions – donc de la subjectivité – du public introduit nécessairement une certaine insécurité. D’autant que, nous le savons, les catholiques ont été instrumentalisés par les évêques. Et ne parlons pas pour l’instant de l’instrumentalisation flagrante des musulmans par les leaders islamistes dans l’affaire des caricatures du *Jyllands Posten*.

⁴³ Je remercie Pierre-François DOCQUIR, qui a attiré mon attention sur ces arrêts.

⁴⁴ Cet élément est également présent dans l’arrêt de 1994 : « D’autres scènes montrent la Vierge Marie permettant qu’on lui lise une histoire obscène et la manifestation d’une certaine tension érotique entre elle et le diable. » (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, § 22).

essentiellement condamné sur la base du droit anglais relatif au blasphème, et, comme dans l'affaire *Otto-Preminger*, la Cour considéra qu'il n'y avait pas eu violation de la Convention. Les arguments avancés sont très proches de ceux qu'avait développés la majorité dans l'arrêt de 1994. Deux caractéristiques spécifiques doivent cependant être soulignées. D'une part, le requérant invoquait un argument non présent dans la procédure relative au film de Schröter : le délit de blasphème, infraction de *common law* en Angleterre, établit une discrimination entre différentes confessions dans la mesure où il ne protège explicitement que la seule religion établie, l'anglicanisme. La Cour rejeta cette thèse en affirmant que ce n'était pas à elle de déterminer abstraitement la compatibilité du droit d'un Etat avec la Convention⁴⁵. Mais la question était à l'époque éminemment délicate, dans la mesure où le requérant se référait à l'arrêt *Choudhury* de 1989, par lequel un tribunal londonien avait refusé la demande des plaignant musulmans voulant faire condamner Salman Rushdie pour la publication des *Versets sataniques*, considérés comme blasphématoires. Le droit du blasphème était donc – et est toujours – discriminatoire en Angleterre⁴⁶. Seul l'anglicanisme est protégé de la critique dite « blasphématoire », et c'est aussi le cas au moins partiellement, par voie de conséquence, des autres dénominations chrétiennes. Cette question du double standard, du « deux poids, deux mesures », est essentielle, et nous y reviendrons plus loin. Le double standard viole ce que Perelman appelait le principe de justice formelle : traiter des situations similaires de façon similaire. Mais la Cour n'en a pas tenu compte dans l'affaire *Wingrove*.

Un autre élément doit retenir notre attention. Le juge Pettiti émit une opinion concordante dans laquelle il tentait de se démarquer d'au moins une partie du raisonnement de la Cour, laquelle suivait l'arrêt *Otto-Preminger*⁴⁷ – la partie qui avait peut-être suscité le plus de controverses. Il refusait en effet de relier les buts légitimes du paragraphe 2 de l'article 10 à l'article 9, garantissant la liberté de conscience. Certes, l'un des buts légitimes invoqués était précisément les « droits d'autrui ». Mais Pettiti ne voulait pas que ces droits soient associés, comme l'avait fait la Cour en 1994 (et comme elle le refaisait dans le présent arrêt), à la morale (donc à la religion, à la *liberté* religieuse considérée comme consubstantielle au respect des *sensibilités* religieuses). Il trouvait nécessaire – en quoi je le suis totalement – d'éviter cette traduction (que j'appelle « perverse ») de l'intolérance religieuse dans le langage des droits. Il pensait que l'on pouvait trouver des intérêts (voire des droits) plus séculiers – autres que le blasphème – violés par *Wingrove*, mais pas, en tout cas, les droits de la majorité religieuse⁴⁸. Personnellement, je pense que la solution n'est pas

⁴⁵ « Il est exact que le droit anglais sur le blasphème ne concerne que la foi chrétienne. La Divisional Court a d'ailleurs reconnu l'anomalie de cette situation dans une société multiconfessionnelle, avec son arrêt *R. v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury* ... Il n'appartient cependant pas à la Cour de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité du droit interne avec la Convention. Le degré de protection assuré par le droit anglais aux autres croyances n'est pas en jeu devant la Cour, laquelle doit se borner à examiner l'affaire dont elle est saisie... » (*Wingrove c. Royaume-Uni*, § 50).

⁴⁶ Une controverse récente a eu pour objet le *Racial and Religious Hatred Bill*, qui fut fortement amendé dans un sens libéral par la Chambre des Lords, contre l'avis de la Chambre des Communes (et du gouvernement). La loi fut promulguée le 17 février 2006. Le projet de loi avant amendement manifestait, comme l'indique son titre, une confusion délétère (sur laquelle je reviendrai) entre les propos blasphématoires et les propos racistes. Il était à l'origine assez liberticide et résolvait d'une certaine manière le problème du droit du blasphème (son caractère discriminatoire) en protégeant tous les groupes religieux (et « raciaux » – si cet adjectif peut recevoir une signification rigoureuse, et non *overbroad*). Les Lords ont eu raison de restreindre la loi à "[a] person who uses *threatening* words or behavior, or displays any written material which is threatening ... if he *intends thereby to stir up religious hatred*" (je souligne). Cette position se rapproche de celle de la Cour suprême des Etats-Unis, mais elle ne s'y identifie pas: voir *infra* la critique, par la Cour suprême dans l'arrêt *Hustler v. Falwell* (1988), de la limitation de la liberté d'expression pour motifs haineux.

⁴⁷ « La Cour relève d'emblée que, comme l'a souligné l'Office, l'ingérence avait pour but de protéger contre le traitement d'un sujet à caractère religieux d'une manière "qui est de nature à choquer (dans le sens de susceptible de, et non de conçue pour choquer) quiconque connaît, apprécie ou fait siennes l'histoire et la morale chrétiennes, en raison de l'élément de mépris, d'injure, d'insulte, de grossièreté ou de ridicule que révèlent le ton, le style et l'esprit caractérisant la présentation du sujet" (paragraphe 15 ci-dessus). Voilà indéniablement un but qui correspond à celui de protection des "droits d'autrui" au sens du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2). Il cadre aussi parfaitement avec l'objectif de protection de la liberté religieuse offerte par l'article 9 (art. 9). » (*Wingrove c. Royaume-Uni*, § 48).

⁴⁸ « A mon sens, la même décision pourrait intervenir avec un support sous le paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2) *autre que le blasphème*, par exemple la profanation de symboles même laïcs (le drapeau de la patrie) ou la mise en danger ou le trouble de *l'ordre public* (mais ceci non au profit d'une majorité religieuse sur le territoire concerné). » (*Wingrove c. Royaume-Uni*, opinion

meilleure que celle de la majorité qui suit le raisonnement de l'arrêt *Otto-Preminger*. Je note simplement, pour faire vite, trois points. D'une part, « l'ordre public » ne peut raisonnablement être menacé par une vidéo comme celle de Wingrove : il faudrait, pour rendre la notion pertinente, procéder à une dramatisation fallacieuse et « hobbesienne », comme le fait l'arrêt de 1994 pour le film de Schröter. D'autre part, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré, dans deux arrêts célèbres, que le fait de brûler – donc de profaner – en public le drapeau des Etats-Unis était protégé au titre de la libre expression « symbolique » (l'acte n'est pas littéralement un discours)⁴⁹. Il est donc loin d'être sûr que la « profanation de symboles, même laïques⁵⁰ (le drapeau de la patrie) » constitue une justification plus acceptable de la limitation du discours *sensu lato* que le blasphème. Avant de chercher d'autres justifications à la censure de l'œuvre de Wingrove, comme le fait le juge Pettiti, ne serait-il pas plus sage d'analyser les raisons pour lesquelles la Cour suprême a pris des décisions « libérales » en matière de *flag burning* ? Enfin, c'est dans l'arrêt *Wingrove* que la Cour dit peut-être de la façon la plus claire que sa tâche ne consiste pas à invalider des lois ou des précédents bien établis, mais à traiter les affaires en se tenant au plus près des cas concrets. C'est ce qu'elle fait en soupesant les intérêts en présence, et en tranchant *in fine* contre le requérant. J'ai déjà indiqué plus haut qu'un examen plus strict des buts légitimes invoqués par l'Etat en cause aurait été nécessaire pour éviter les *erreurs de traduction*, mais qu'en même temps, une telle radicalité entraînerait sans doute la Cour plus loin qu'elle ne peut ou ne veut aller. Je ne pense certes pas que la Cour fasse uniquement de l'*ad hoc balancing*, c'est-à-dire qu'elle se livre à une casuistique sans principes directeurs. J'ai dit plus haut qu'elle utilisait de façon assez constante un test : les propos choquants sont protégés, mais non les attaques gratuites. Ce test (dont je conteste la pertinence pour des raisons qui, je l'espère, deviendront de plus en plus claires) permet à la Cour d'adopter une position cohérente tout en ne contestant pas frontalement, notamment, les lois anti-blasphème : ces lois, ou leur application, seront dites conformes ou non à la Convention suivant qu'elles sanctionnent ou non des « offenses » gratuites aux convictions.

Toujours est-il que c'est le juge Pettiti – encore lui – qui, dans une affaire de liberté de conscience mettant en cause la manière dont la Grèce réprimait (et réprime) le « prosélytisme », notamment des Témoins de Jéhovah⁵¹, avait émis un autre opinion (partiellement) concordante, celle-ci vraiment admirable : il était d'accord sur la condamnation de la Grèce par la Cour, mais voulait que soit clairement mis en cause le but au nom duquel, effectivement, elle réprimait le prosélytisme⁵² : protéger la religion orthodoxe, religion dominante en Grèce (référence qui rappelle celle faite aux catholiques tyroliens dans *Otto-Preminger*), ainsi que l'énonce la *Constitution grecque elle-même*⁵³. La Cour se montre réticente à s'en prendre aux buts légitimes, parce que cette

concordante du juge Pettiti).

⁴⁹ Dans l'arrêt *Texas v. Johnson* (1989), la Cour considéra que le Premier Amendement était violé quand le gouvernement empêchait que l'on brûle le drapeau en public pour des raisons politiques. Il s'agissait d'une « conduite expressive ». En réponse, le Congrès passa en 1989 le *Flag Protection Act*, qui fut à son tour invalidé par *United States v. Eichman* (1990).

⁵⁰ Le juge écrit, erronément : « laïcs ».

⁵¹ Affaire *Kokkinakis c. Grèce* (1993).

⁵² « La liberté de religion et de conscience implique bien l'acceptation du prosélytisme, même "de mauvais aloi". C'est un droit pour le croyant ou le philosophe agnostique d'exposer ses convictions, de tenter de les faire partager et même de tenter de convertir son interlocuteur. (...) La formulation adoptée par la majorité de la Cour pour conclure à la violation, à savoir que la condamnation de l'intéressé ne se justifiait pas dans *les circonstances de la cause*, laisse trop de place à une interprétation, ultérieure, répressive de la part des juridictions grecques, alors que c'est l'exercice de l'action publique qui doit aussi être contrôlé. Il était possible, à mon sens, de mieux cerner les qualifications d'abus, de coercition, de contraintes et de mieux affirmer *in abstracto* l'espace complet de liberté qui doit être réservé à la liberté religieuse et au témoignage. » (*Kokkinakis c. Grèce*, opinion partiellement concordante du juge Pettiti. Je souligne. On ne saurait mieux dire).

⁵³ La Constitution de 1975 (révisée en 2001) commence par la phrase « Au nom de la simple et consubstantielle et indivisible Trinité ». Suivent les phrases : « La religion dominante en Grèce est celle de l'Eglise Orthodoxe Orientale du Christ... » (Section B, article 3, § 1). « Le texte des Saintes Ecritures reste inaltérable. Sa traduction officielle en une autre forme de langage sans l'approbation de l'Eglise Autocéphale de Grèce et de la Grande Eglise du Christ à Constantinople est interdite. » (*idem*, § 3) ... ». Certes, l'article 13 garantit la liberté de conscience et religieuse, mais il

approche, pourtant nécessaire, l'entraînerait sans doute trop loin du cas concret qu'elle est appelée à trancher. De ce point de vue, l'accent mis, si souvent, sur le troisième critère – la « nécessité dans une société démocratique », la proportionnalité – crée pour la Cour une situation plus confortable : pour en revenir à *Otto-Preminger* et *Wingrove*, si la Cour avait considéré que la répression du blasphème ne correspondait purement et simplement à *aucun* des buts légitimes de l'article 10 paragraphe 2 – ce qui est philosophiquement évident –, elle aurait déclenché un séisme dans un certain nombre de pays du Conseil de l'Europe. Consciemment ou non, elle ne s'est pas engagée dans une telle voie.

Un autre jalon important dans la construction du « test » est l'arrêt *I.A. c. Turquie*⁵⁴. L'affaire concernait un livre intitulé *Les phrases interdites*, dans lequel Mahomet rompait le jeûne pour faire l'amour et cautionnait les relations sexuelles avec les animaux ou les morts. L'auteur avait été condamné pour injure à la personne du Prophète. La Cour de Strasbourg, considérant qu'il s'agissait là de propos gratuitement offensants pour une communauté religieuse, avait déclaré que l'Etat turc n'avait pas violé la Convention. Le test combinant *Handyside* et *Otto-Preminger*, le caractère protégé des propos qui « heurtent, choquent et inquiètent » et le caractère non protégé des attaques ne contribuant pas à un débat d'intérêt général, fut appliqué, au détriment du requérant. Il faut noter que la notion d'« injure » telle qu'elle est formulée et utilisée dans le droit turc, pose problème. Cette notion peut en effet faire sens quand les propos sont adressés à un individu défini, mais que signifie, ici, une injure s'adressant à une communauté entière ? Nous verrons que la notion d'injure ou de « diffamation » collective est très délicate à manier. A la rigueur – mais c'est discutable – on pourra lui accorder une certaine légitimité en matière de *propos racistes* : ceux-ci dénigrent *a priori* les membres individuels d'un groupe en raison de traits supposés (fantasmatiquement) pertinents, comme la couleur de la peau. Tous les membres sont concernés, ce qui permet peut-être de donner sens, ici, à la notion de diffamation collective. C'est ce qu'a fait la Cour – nous y viendrons – dans un arrêt important relatif aux propos racistes, utilisant le but légitime de la protection de la *réputation* d'autrui pour couvrir tous les membres du groupe visé par les racistes. *Mais la question du « blasphème » est radicalement différente*. Il s'agit ici, à l'opposé de ce qui se passe pour les injures racistes, d'un débat d'idées, fût-il vigoureux. Il est philosophiquement intenable de considérer que des individus sont collectivement « injuriés » ou « diffamés » parce que leurs croyances sont attaquées. Parler d'injure (ou d'insulte) faite au Prophète – ou à Dieu le Père, Jésus et Marie dans *Le Concile d'Amour* – est particulièrement absurde, dans la mesure où ce sont des personnages qui possèdent ou ne possèdent pas un caractère divin selon l'engagement de l'interlocuteur considéré. Attaquer – même vigoureusement – la religion, ou l'athéisme, ou encore le rôle de la foi ou de l'incroyance dans la vie de la cité, fait *et doit faire* partie du libre débat démocratique. Tenir des propos racistes relève certes malheureusement aussi de ce débat, mais la nature de tels propos est fondamentalement insultante pour les membres du groupe visé et inférieurisé. Cela n'empêche pas, nous le verrons, certains de considérer que ces derniers propos doivent *quand même* être protégés, non pas dans le but de les défendre, bien entendu, mais plutôt au nom d'une défense intransigeante de la liberté d'expression. Il reste cependant que les deux catégories de discours – l'attaque contre des doctrines, symboles et personnages considérés comme sacrés d'une part, les propos racistes d'autre part – doivent être soigneusement distinguées⁵⁵. Un des effets de cette distinction est de rendre la notion d'injure ou de diffamation collective absurde dans le premier cas, au moins pensable dans le second. Nous verrons que, très souvent, la distinction que je tente d'établir ici n'est absolument pas respectée, et que, par

interdit le prosélytisme. Or la prohibition de ce dernier, quel que soit l'agacement que l'on puisse éprouver face à un tel phénomène, vise dans les pays orthodoxes à protéger la religion dominante (comme, bien plus radicalement, l'interdiction de changer de religion protège l'islam dans les pays musulmans).

⁵⁴ *I.A. c. Turquie* (2005).

⁵⁵ Un signe nullement innocent de cette différence consiste en ceci que les lois réprimant le blasphème sont de « vieilles » lois, des survivances d'un temps où la religion et l'Etat entretenaient des relations « incestueuses » de soutien mutuel (lequel n'excluait pas, comme on l'a vu lors de la querelle du Sacerdoce et de l'Empire, la concurrence), alors que les lois anti-racistes (comprenant souvent, à tort ou à raison, des dispositions criminalisant les *propos racistes*) sont récentes et liées à un souci croissant, respectable comme tel, d'égalité et de lutte contre les discriminations.

exemple, on regroupe les deux types de discours au sein de la catégorie vague et démagogique de *hate speech* (« discours de haine »). Dans l'affaire *I.A.* qui nous intéresse, la Cour traduit l' « injure faite au Prophète » par « propos gratuitement offensants » (sous-entendu : pour les croyants). Le résultat n'est pas plus convaincant que l'original. L'opinion dissidente est éclairante : elle demande à la Cour de revisiter une jurisprudence qui ferait la part trop belle au conformisme⁵⁶. Effectivement.

En 2006, une autre affaire de ce type, *Tatlav contre Turquie*, a abouti à une décision opposée, c'est-à-dire en faveur du requérant. Mais ce résultat « libéral » fut obtenu grâce à l'usage *du même test*. L'auteur du *Coran et la religion*, paru en 1992 et conçu comme le premier volume d'un livre intitulé *La réalité de l'islam*, qui en comprendrait cinq, avait été condamné, pour avoir « fait une publication destinée à profaner l'une des religions », à cause de passages critiques sur l'islam. Dans ce cas-ci, *Handyside* s'appliquait, puisqu'il s'agissait d'un débat scientifique – donc d'intérêt général – sur l'islam et la religion, sans recours à des propos que la Cour appelle « gratuitement offensants ». La condamnation de l'auteur par la Turquie a donc été jugée disproportionnée et la violation de l'article 10 affirmée par la Cour. Mais on aura compris que, même si *Tatlav* s'en sort à meilleur compte que *I.A.*, la différence de traitement des deux affaires par la Cour correspond bien à l'application d'un test toujours valide depuis *Otto-Preminger*. C'est ce test que je tente de déconstruire. Je m'aiderai pour ce faire de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis en matière de propos blasphématoires.

La Cour suprême des Etats-Unis : l'arrêt Burstyn

Une approche même superficielle de l'arrêt *Joseph Burstyn v. New York* (1952) nous indique tout de suite qu'en ce qui concerne le discours blasphématoire ou « sacrilège », nous sommes à des années lumières de la logique du test que j'ai reconstruit pour rendre compte du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. L'affaire porte, comme ce sera le cas quarante-deux ans plus tard avec *Otto-Preminger*, sur un film. Il s'agit du *Miracle*, de Roberto Rossellini. Que raconte-t-il ? Une jeune fille simple d'esprit garde des chèvres dans la montagne. Un jour, elle voit apparaître un étranger barbu qu'elle prend pour Joseph, son saint favori, lequel est venu vers elle pour la transporter au ciel. C'est comme une apparition mystique. Joseph s'approche d'elle, il lui fait boire du vin, puis – le film y fait allusion de façon discrète – la viole. Un jour, elle se retrouve enceinte et pense que c'est l'effet de la grâce de Dieu. Après avoir été humiliée et agressée comme fille mère, elle quitte le village pour vivre seule dans une caverne. Elle finit par accoucher dans une église et prononce alors ces mots : « mon fils, mon amour, ma chair ! ». Avant d'arriver en Amérique, le film a déjà fait l'objet de critiques sévères par les catholiques. A New York, le cardinal Spellman mobilise la population contre l'arrivée du film « sacrilège ». Il en appelle – je cite – à ceux qui « pensent droitement »⁵⁷. *Le Miracle* est autorisé dans l'Etat de New York après avoir été visionné par la Motion Picture Division du New York State Education Department. Le film est joué, malgré les vaines tentatives des organisations catholiques de le faire censurer. Durant cette période, le Board of Regents de l'Etat de New York, qui dirige le Département de l'Education, reçoit de nombreuses protestations. Le 16 février 1951 (donc un bon mois après la déclaration de Spellman), les Régents, après avoir vu *Le Miracle*, considèrent qu'il s'agit là d'un film « sacrilège » et ordonnent que l'autorisation qui lui avait été accordée soit retirée. Ce qui est fait. La Cour d'appel rejette la requête du distributeur, Joseph Burstyn. La Cour suprême de New York confirme la décision de la Cour d'appel, deux juges émettant une opinion dissidente. L'affaire est portée devant la Cour suprême des Etats-Unis. Cette dernière se livre à une analyse détaillée de la signification de termes tels que « sacrilège » et « blasphème ». Elle se trouve manifestement confrontée, comme le sera bien plus tard la Cour de Strasbourg, à des sensibilités

⁵⁶ Les juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert signent une opinion dissidente commune, et invitent la Cour à « revisiter une jurisprudence qui nous semble faire la part trop belle *au conformisme ou à la pensée unique*, et traduire *une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse*.” (*I.A. c. Turquie*, opinion dissidente. Je souligne).

⁵⁷ “On Sunday, January 7, 1951, a statement of His Eminence, Francis Cardinal Spellman, condemning the picture and calling on "all right thinking citizens" to unite to tighten censorship laws, was read at all masses in St. Patrick's Cathedral.” (*Joseph Burstyn v. New York* [1952]).

religieuses « heurtées ». Va-t-elle adopter une position délicate, tentant comme la Cour de Strasbourg de naviguer entre le Charybde des propos qui choquent (permis) et le Scylla des offenses gratuites (interdit) ? Nullement. Elle adopte une position de principe très nette. Cette attitude est d'autant plus importante à noter qu'à la même époque, la Cour commence à abandonner, *dans le domaine politique*, l'attitude de principe favorable à la liberté d'expression qu'elle avait fini par adopter, à partir des années 1920, sous les coups de boutoir des grands juges Holmes et Brandeis⁵⁸. C'est, ne l'oublions pas, l'époque de l'hystérie anticommuniste et du maccarthysme. Dans les affaires directement politiques liées à la chasse à la supposée cinquième colonne communiste, la Cour commence à utiliser le test de la *balance des intérêts* : la liberté d'expression n'est pas considérée comme un quasi absolu en matière politique, mais « mise en balance » avec d'autres intérêts jugés essentiels, comme la sécurité nationale. Ce n'est – nous le verrons – que durant les années 1960 que la Cour prendra progressivement une position libérale de principe dans la quasi-totalité des domaines concernés par la liberté d'expression. Tout ceci rend d'autant plus remarquable la position de principe prise par la Cour *en 1952* sur le sujet du blasphème, en pleine période maccarthyste. Alors qu'en matière politique, la Cour met en balance la liberté d'expression et d'autres « intérêts », elle *refuse de le faire* en matière de propos blasphématoires. Pour nous en convaincre, citons et commentons quelques-uns des passages principaux de l'arrêt.

« En cherchant à appliquer la définition large et englobante du 'sacrilège' donnée par les cours de New York, le censeur dérive sur une mer sans limites au milieu d'une myriade de courants (les conceptions religieuses en conflit), sans aucun point de repère *sauf ceux qui sont fournis par les orthodoxies les plus bruyantes et les plus puissantes...* En appliquant un tel standard, le censeur le plus prudent et le plus tolérant se trouverait virtuellement dans l'impossibilité d'éviter de favoriser une religion par rapport à une autre⁵⁹, et il manifesterait la tendance inévitable à bannir l'expression de sentiments impopulaires... L'application du *test de l'élément 'sacrilège'*... pourrait soulever des questions essentielles quant à la garantie du Premier Amendement relative à la séparation de l'Eglise et de l'Etat, ainsi qu'à la liberté de culte pour tous... Cependant, du point de vue de la liberté d'expression et de la presse, il est suffisant de noter que *l'Etat n'a pas d'intérêt légitime suffisant à protéger une des religions, ou toutes les religions, de conceptions qui leur seraient répugnantes*, pour justifier une censure préalable (*prior restraint*) de l'expression de ces conceptions ; ce n'est pas la tâche de l'Etat, dans notre Nation, de censurer les attaques réelles ou imaginaires contre une doctrine religieuse particulière, qu'elles apparaissent dans des publications, dans des discours ou dans des films. »⁶⁰.

Les éléments que j'ai soulignés méritent commentaire et réflexion. La Cour craint que les

⁵⁸ Oliver Wendell Holmes, Jr., 1841-1935, juge à la Cour suprême de 1902 à 1932 ; Louis Brandeis, 1856-1941, juge à la Cour suprême de 1916 à 1939. Voir *infra* pour le test du *clear and present danger* défendu par les deux juges. Dans *Whitney v. California* (1927), Brandeis défend la liberté d'expression en soulignant qu'elle est indispensable à l'activité démocratique, et utilise le test du « temps de réponse » : tant qu'il y a possibilité de réponse par la discussion, la liberté d'expression doit être garantie. Brandeis adopte une position très protectrice de la liberté d'expression : "Whenever the fundamental rights of [free speech](#) and [assembly](#) are alleged to have been invaded, it must remain open to a defendant to present the issue whether there actually did exist at the time a *clear danger*; *whether the danger, if any, was imminent*; and *whether the evil apprehended was one so substantial as to justify the stringent restriction interposed by the legislature.*" (Je souligne). Cette position est proche de celle que la Cour adoptera à partir de l'arrêt *Brandenburg v. Ohio* (1969) jusqu'à aujourd'hui. Voir *infra*.

⁵⁹ Puisque certains se plaindraient et d'autres ne se plaindraient pas.

⁶⁰ "In seeking to apply the broad and all-inclusive definition of "sacrilegious" given by the New York courts, the censor is set adrift upon a boundless sea amid a myriad of conflicting currents of religious views, with no charts *but those provided by the most vocal and powerful orthodoxies...* Under such a standard the most careful and tolerant censor would find it virtually impossible to avoid favoring one religion over another, and he would be subject to an inevitable tendency to ban the expression of unpopular sentiments... Application of the "*sacrilegious*" test..., might raise substantial questions under the First Amendment's guaranty of separate church and state with freedom of worship for all... However, from the standpoint of freedom of speech and the press, it is enough to point out that *the state has no legitimate interest in protecting any or all religions from views distasteful to them which is sufficient* to justify prior restraints upon the expression of those views. It is not the business of government in our nation to suppress real or imagined attacks upon a particular religious doctrine, whether they appear in publications, speeches, or motion pictures." (*Joseph Burstyn v. New York* [1952] – je souligne).

juges, en limitant la liberté d'expression pour blasphème ou « sacrilège », perdent tout point de repère et deviennent prisonniers des orthodoxies les plus puissantes et les plus bruyantes. En d'autres termes, le « la » serait donné par ceux qui crieraient le plus fort et disposeraient d'argent et d'influence. Nous reviendrons en conclusion sur l'affaire des caricatures de Mahomet. Mais, si nous nous rappelons un instant les considérations du début de cet article – les deux positions opposées qui étaient susceptibles d'être adoptées en conformité avec les exigences de l'Etat de droit –, il apparaît clairement que l'arrêt *Burstyn* justifie une défense assez intransigeante de la liberté d'expression, alors que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg apparaît plus répressive, du moins quand des propos déclarés gratuitement offensants sont en cause. Le juge ne risque-t-il pas de se perdre parmi la « myriade » de demandes de censure ? Les Américains ne connaissent que trop bien la signification du « politiquement correct », qui s'est d'abord développé chez eux : par peur de choquer et d'être considéré, aux yeux de la cité ou de ses représentants les plus puissants et les plus bruyants, comme « incorrect », chacun s'autocensurera. De cette façon, on évitera de faire des vagues, c'est-à-dire, pour continuer à filer l'une des métaphores centrales de l'arrêt *Burstyn*, d'être submergé par une myriade de courants, et de dériver sur une mer sans balises (ou non cartographiée). Mais c'est précisément cet effet de « gel » du discours (*chilling effect*) que veut à toute force éviter la Cour. Au lieu de commencer à faire des distinctions scolastiques entre des propos choquants et gratuitement offensants (indignes de protection) et des propos choquants contribuant à un débat d'intérêt général (protégés), au lieu de se livrer, à l'instar de la Cour de Strasbourg, à un exercice d'équilibrisme entre deux jurisprudences (*Handyside* et *Otto-Preminger*) qui s'écartent naturellement l'une de l'autre, la Cour suprême décide, par un arrêt de principe, que *ce n'est pas la tâche de l'Etat* d'intervenir dans ces matières. Elle se refuse à utiliser le «*sacrilegious*» test (le test de l'élément « sacrilège ») au profit d'un test tout différent. Des représentants religieux peuvent bien considérer des propos ou images comme blasphématoires, sacrilèges, heurtant les sensibilités des membres de telle ou telle communauté (des « conceptions qui leur seraient répugnantes », dit l'arrêt) : ce n'est pas le rôle de l'Etat d'intervenir en ces matières.

On objectera que la Cour n'a pas envisagé le cas des offenses gratuites ne contribuant pas au débat d'intérêt général, ou le discours de haine. C'est exact dans le cas de l'arrêt *Burstyn*, qui est muet sur ce point, bien qu'il soit aisé de soutenir que, dans la mesure où l'Etat ne doit pas intervenir en ces matières, il est difficilement pensable que les juges se fixent comme but de se prêter à un jeu de distinctions subtiles leur permettant, comme le fait la Cour de Strasbourg, d'intervenir quand « trop, c'est trop » (gratuit, sans intérêt pour le débat démocratique). Eh bien, il existe un arrêt dans lequel cette question est abordée de front. C'est une décision qui concerne la liberté d'expression et nous servira également pour apprécier l'importance, voir l'utilité, des caricatures. Il s'agit de la décision *Hustler v. Falwell* (1988). Le détail de l'affaire ne nous intéresse pas dans le présent contexte. Qu'il suffise de rappeler que Larry Flynt, fondateur en 1974 de la revue pornographique *Hustler Magazine*, eut – comme c'était prévisible – maille à partir avec les conservateurs religieux, et en particulier les télévangélistes (ces prédicateurs qui veulent réévangéliser l'Amérique en utilisant la télévision comme vecteur essentiel de communication). Parmi ceux-ci, Jerry Falwell fut le plus « bruyant » (*the most vocal*), pour reprendre une expression de l'arrêt *Burstyn*. Un jour, *Hustler* publia une fausse publicité pour Campari, sous la forme d'une interview de Falwell (bien entendu fabriquée de a à z), dans laquelle ce dernier avouait des relations sexuelles précoces... avec sa mère. L'affaire fut, à l'issue d'une longue procédure, portée devant la Cour suprême, laquelle, *in fine*, donna raison à Larry Flynt : elle considéra que même de tels propos outrageants – une plaisanterie de très mauvais goût, en vérité – étaient protégés par le Premier Amendement⁶¹. Mais ce qui nous intéresse en ce point de notre argumentation, c'est que Falwell a notamment évoqué la question des offenses gratuites et du discours de haine pour tenter de convaincre la Cour de ce que la fausse publicité pour Campari ne relevait pas du discours protégé. La Cour de Washington n'est cependant pas la Cour de Strasbourg.

⁶¹ J'ai évoqué plus haut le film que Milos Forman réalisa sur Larry Flynt quelques années plus tard, ou plutôt le caractère « intrusif » de l'affiche qui en faisait la publicité.

Je donne en note⁶² le passage important de l'arrêt, que je commente ci-dessous. La Cour vient de montrer que, dans l'histoire des Etats-Unis, les caricatures ont joué un rôle positif : elle ajoutera plus loin que, sans elles, le discours politique aurait été bien plus « pauvre »⁶³. Mais les avocats de Falwell prétendent que la caricature est tellement *outrageante* (gratuitement ?) qu'il faut la distinguer des caricatures politiques traditionnelles. La Cour reconnaît que la fausse publicité pour Campari n'en est « au mieux » qu'un « parent distant » et « plutôt médiocre ». Elle ajoute : « *S'il était possible d'établir un standard basé sur un principe permettant de séparer celle-ci de celles-là, le discours public ne subirait probablement pas de préjudice (sous-entendu : si nous sanctionnions la publicité « Campari ») (je souligne).* La Cour se pose donc la question de savoir s'il est faisable, en ces matières, de se référer à un critère aussi subjectif que le sentiment d'être « outragé ». Elle répond par la négative à cette question cruciale que, semble-t-il, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas posée, du moins dans le domaine des propos blasphématoires. « *Mais nous doutons qu'un tel standard existe, et nous sommes tout à fait sûrs que la notion péjorative de « caractère outrageant » n'en fournit pas un.* » (je souligne). La Cour insiste sur la subjectivité du critère ou du test, qui pourrait entraîner des jurés (ou des juges professionnels) à faire prévaloir leurs vues, leurs goûts, leur répugnance pour une expression particulière. C'est le critère de l'impact émotionnel négatif sur l'auditoire qui est refusé par la Cour, alors qu'il est utilisé par la juridiction strasbourgeoise, en particulier dans l'affaire *Otto-Preminger*. Or il faut bien remarquer que les catholiques tyroliens, nonobstant le fait qu'ils sont largement majoritaires, peuvent difficilement être considérés comme l'« auditoire » d'un film qu'ils ne verront pas, si du moins ils le veulent. Citant l'un de ses arrêts précédents, la Cour déclare : « *Le fait que la société puisse considérer l'expression comme offensante ne constitue pas une raison suffisante pour la censurer. On peut même soutenir que, si c'est l'opinion du locuteur qui crée l'offense, cette conséquence constitue une raison d'accorder à l'expression la protection constitutionnelle.* » (Je souligne). La Cour poursuit en admettant que la protection du Premier Amendement n'est pas absolue, et que certaines expressions ne sont pas protégées. Mais elle donne comme exemple les *fighting words*, c'est-à-dire des propos qui par leur énonciation même blessent ou tendent à inciter à une mise en danger immédiate de la paix. Ce qui est visé par les « mots de combat », c'est une

⁶² “Respondent contends, however, that the caricature in question here was so “outrageous” as to distinguish it from more traditional political cartoons. There is no doubt that the caricature of respondent and his mother published in *Hustler* is at best a distant cousin of the political cartoons described above, and a rather poor relation at that. If it were possible by laying down a principled standard to separate the one from the other, public discourse would probably suffer little or no harm. But we doubt that there is any such standard, and we are quite sure that the pejorative description “outrageous” does not supply one. “Outrageousness” in the area of political and social discourse has an inherent subjectiveness about it which would allow a jury to impose liability on the basis of the jurors’ tastes or views, or perhaps on the basis of their dislike of a particular expression. An “outrageousness” standard thus runs afoul of our longstanding refusal to allow damages to be awarded because the speech in question may have an adverse emotional impact on the audience. See *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U. S. 886, 910 (1982) (“Speech does not lose its protected character . . . simply because it may embarrass others or coerce them into action”). And, as we stated in *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U. S. 726 (1978): “[T]he fact that society may find speech offensive is not a sufficient reason for suppressing it. Indeed, if it is the speaker’s opinion that gives offense, that consequence is a reason for according it constitutional protection. [56] For it is a central tenet of the First Amendment that the government must remain neutral in the marketplace of ideas.” *Id.*, at 745-746. See also *Street v. New York*, 394 U. S. 576, 592 (1969) (“It is firmly settled that . . . the public expression of ideas may not be prohibited merely because the ideas are themselves offensive to some of their hearers”). Admittedly, these oft-repeated First Amendment principles, like other principles, are subject to limitations. We recognized in *Pacifica Foundation*, that speech that is “vulgar, offensive, and shocking” is “not entitled to absolute constitutional protection under all circumstances.” 438 U. S., at 747. In *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942), we held that a state could lawfully punish an individual for the use of insulting “fighting” words--those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace.” *Id.*, at 571-572. These limitations are but recognition of the observation in *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U. S. 749, 758 (1985), that this Court has “long recognized that not all speech is of equal First Amendment importance.” But the sort of expression involved in this case does not seem to us to be governed by any exception to the general First Amendment principles stated above.”

⁶³ “From the viewpoint of history it is clear that our political discourse would have been considerably poorer without them.”

situation de face-à-face dans laquelle des injures directes et personnelles sont proférées. La fausse publicité « Campari » ne relève pas de cette catégorie, dit la Cour.

On objectera que l'arrêt *Hustler* ne concerne pas la religion, même si toute l'affaire a commencé parce que, notamment, les télévangélistes considéraient (sans doute à juste titre) la revue comme obscène et blasphématoire. Mais le cas qui est « monté » jusqu'à la Cour suprême concerne une personne individuellement affectée (on conçoit que Falwell ait pu être choqué par la mauvaise plaisanterie), et *même dans ce cas* – parce que c'est une « figure publique » qui s'est délibérément exposée dans l'arène politique –, la Cour fait une critique implacable du critère « subjectif » en lequel consiste le caractère « outrageant ». Il en va de même en ce qui concerne l'argument selon lequel un discours *de haine* (la publicité incriminée l'était-elle ? Cela se discute) ne doit pas être protégé par le Premier Amendement. Nous savons que telle est la position prise par les législateurs ou les juges de nombreux pays démocratiques, et que, dans certains traités importants, les Etats doivent s'engager à empêcher la propagande « haineuse »⁶⁴. Pourtant, voici ce que dit la Cour suprême⁶⁵ dans l'arrêt *Hustler* :

« Mais dans l'univers du débat portant sur les affaires publiques, beaucoup de choses qui sont faites avec des motifs bien peu admirables sont protégées par le Premier Amendement... [M]ême quand un locuteur ou un écrivain est motivé par la haine ou la mauvaise volonté, son expression est protégée par le Premier Amendement... 'Le débat sur des questions publiques ne sera pas désinhibé si le locuteur doit prendre le risque que l'on prouve devant un tribunal qu'il a parlé en étant motivé par la haine.' » (Je souligne). On voit donc à quel point un arrêt tel que celui-ci – ainsi que ceux qu'il cite – vient conforter et préciser la décision *Burstyn*. Le test de l'outrage (ou, pour utiliser la terminologie de la Cour de Strasbourg, le test de l'offense gratuite) est intrinsèquement subjectif et risque de « geler » l'expression. En ce qui concerne le discours heurtant les sensibilités religieuses, l'arrêt de 1952 a dit ce qu'il fallait dire. C'est bien pour cette raison qu'il constitue toujours du droit valide cinquante-cinq ans plus tard. J'espère avoir fait comprendre au lecteur les différences majeures qui séparent les raisonnements respectifs des Cours de Strasbourg et de Washington en ce qui concerne l'offense faite aux sentiments religieux (si l'offense se transforme en *fighting words*, les deux juridictions la considéreront comme non protégée).

Liberté d'expression et propos racistes

L'arrêt *Jersild*

Il est nécessaire, si l'on veut bien comprendre les enjeux de la problématique du blasphème, de la distinguer nettement de celle des propos racistes. Il s'agit de deux notions très différentes, mais elles sont souvent illégitimement rassemblées, par exemple sous l'appellation de « discours de

⁶⁴ Voir la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965). L'article 4 stipule notamment que les Etats signataires s'engagent « [à] déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement... » (Je souligne. Les Etats-Unis ont, lors de la ratification, émis des réserves concernant notamment cet article).

⁶⁵ "Generally speaking the law does not regard the intent to inflict emotional distress as one which should receive much solicitude, and it is quite understandable that most if not all jurisdictions have chosen to make it civilly culpable where the conduct in question is sufficiently "outrageous." *But in the world of debate about public affairs, many things done with motives that are less than admirable are protected by the First Amendment.* In *Garrison v. Louisiana*, 379 U. S. 64 (1964), we held that *even when a speaker or writer is motivated by hatred or ill-will his expression was protected by the First Amendment: "Debate on public issues will not be uninhibited if the speaker must run the risk that it will be proved in court that he spoke out of hatred; even if he did speak out of hatred, utterances honestly believed contribute to the free interchange of ideas and the ascertainment of truth."* *Id.*, at 73. Thus while such a bad motive may be deemed controlling for purposes of tort liability in other areas of the law, we think the First Amendment prohibits such a result in the area of public debate about public figures." (*Hustler v. Falwell* [1988] – je souligne).

haine », ou encore de « diffamation collective » (*group libel*). La Cour suprême des Etats-Unis n'a jamais accepté – sauf une fois, mais la décision n'a pas vraiment eu de suite⁶⁶ – cette dernière notion. Pour ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt central est *Jersild contre Danemark* (1994). La décision a été rendue quasi en même temps qu'*Otto-Preminger*, mais la chambre était différemment composée. Les deux arrêts ont souvent été lus de conserve. A un regard superficiel, il apparaît que la Cour se montre plus répressive dans une affaire de blasphème (elle donne raison à l'Autriche) que dans une affaire de propos racistes (elle donne tort au Danemark). On se serait plutôt attendu à l'inverse. Mais une analyse approfondie rend la question plus complexe. Jersild, journaliste à la radio-télévision publique danoise, décide d'aller interviewer un groupe de skinheads qui se sont donné le nom de *Green jackets* (les « Vestes vertes »). Durant six heures, il parle avec eux, leur offre de la bière (sur fonds publics) et ne les contredit pas trop vivement, de façon sans doute à ce que l'entretien ne soit pas brutalement rompu. Les propos sont d'un racisme absolument primaire : les skinheads font l'éloge du Ku Klux Klan (nous reviendrons sur ce mouvement raciste à propos d'un arrêt récent de la Cour suprême des Etats-Unis), assimilent les Noirs à des animaux (des gorilles), etc. Jersild réduit l'entretien à un film de quelques minutes (les plus « saignantes ») et le diffuse tel quel. Son but n'est bien sûr pas raciste. C'est du contraire qu'il s'agit selon lui : réveiller la conscience endormie des Danois, qui doivent être brutalement avertis de ce qui se passe dans les faubourgs de Copenhague. Mais ces propos, non encadrés, peuvent être pris au premier degré, ce qui donnerait à un tel discours raciste une diffusion importante, laquelle n'aurait pas été possible sans l'intervention du journaliste.

Or le Danemark est l'un des pays européens qui disposent d'un arsenal législatif répressif en ce qui concerne le racisme, y compris les *propos* racistes. C'est évidemment cette dernière caractéristique qui peut créer des problèmes de liberté d'expression. Il s'agit en l'occurrence d'une loi d'avant-guerre⁶⁷, modifiée en 1971 dans le cadre de l'adaptation de la législation à la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale. Sont susceptibles d'être condamnés en particulier non seulement ceux qui émettent des propos racistes, mais également ceux qui aident à les *diffuser* : c'est bien sûr ici que les embarras de Jersild commencent. Il est condamné par les tribunaux danois sur la base de la législation antiraciste, il épuise les recours internes et porte l'affaire devant la Commission, qui la renvoie à la Cour européenne des droits de l'homme. Que dit la Commission ? Qu'il existe une loi ; que la mesure prise (la condamnation du journaliste) correspond à un but légitime (« les droits ou la réputation d'autrui ») ; et qu'elle est disproportionnée par rapport à un tel but, La Cour suit la Commission et réaffirme que la mesure n'était pas « nécessaire dans une société démocratique », dans la mesure notamment où la presse constitue le « chien de garde » de la démocratie. Le Danemark est donc condamné. Il faut noter que la Cour, ici, mentionne les droits *ou la réputation* d'autrui. Or l'atteinte à la réputation (*fama*) est en général condamnable (au civil ou au pénal) s'il est établi qu'un délit de *diffamation* a été commis. Le droit de la diffamation, qui, on s'en rend compte aisément, peut entrer en collision frontale avec le droit de la liberté d'expression, possède des caractéristiques différentes selon les pays démocratiques concernés. Il est par exemple très difficile aux Etats-Unis, depuis l'arrêt majeur *New York Times v. Sullivan* (1964), d'obtenir des dommages et intérêts pour diffamation si l'on est une personne publique ou même une « figure » publique (Falwell, mentionné plus haut, en est un bon exemple⁶⁸). Mais si le terme « réputation » a été introduit dans la liste des buts légitimes permettant

⁶⁶ Il s'agit de l'arrêt *Beauharnais v. Illinois* (1952 – la même année que *Burstyn*). La Cour a confirmé dans cette décision la validité d'une loi de l'Etat d'Illinois criminalisant notamment les propos méprisants à l'égard d'individus en raison de leur race, de leur couleur ou de leur religion. Voir WEAVER & LIVELY, *op. cit.*, pp. 129 sq. L'arrêt n'a pas fait jurisprudence et n'est plus considéré aujourd'hui comme du droit valide (voir *infra* l'arrêt *Virginia v. Black* [2003]).

⁶⁷ La disposition interdisant le discours raciste fut introduite dans le Code pénal danois en 1939 pour combattre l'antisémitisme. En 1971, elle fut modifiée pour adapter la législation aux exigences de la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, puis encore en 1995 et en 2002.

⁶⁸ Sa plainte pour diffamation a été rejetée parce que la publicité « Campari » comportait, certes en petits caractères, la mention « *not to be taken seriously* » : Falwell n'était pas accusé d'avoir entretenu des relations sexuelles avec sa mère : c'était de toute évidence « seulement » une plaisanterie de très mauvais goût. La Cour suprême dit d'ailleurs que si les lecteurs avaient pu prendre en quelque manière la chose au sérieux (la considérer comme vraie), l'affaire se serait présentée tout autrement. Certes, Falwell est une figure publique, mais la Cour, suivant la jurisprudence *Sullivan*, aurait

la limitation de la liberté d'expression, c'est au sens individuel du terme : des propos négatifs et erronés concernant une personne et portant gravement atteinte à son image. Or ici, le terme ne peut avoir de sens que collectif : il n'y a pas, dans l'affaire, de victimes désignées des *Green jackets*. La question consiste plutôt à savoir si ce qu'ils ont dit porte atteinte à la « réputation » de tous les Noirs (ou d'autres groupes) parce que ces derniers ont été assimilés à des gorilles. Je l'ai souligné plus haut : il est nécessaire et inévitable que le vocabulaire des différents droits internes soit « traduit » dans le langage de la Convention pour qu'un recours et une décision corrélative fassent sens. Depuis un quart de siècle, de nombreux pays membres du Conseil de l'Europe ont introduit dans leurs systèmes juridiques respectifs des lois réprimant comportements et propos racistes⁶⁹. *La notion de « discours raciste » est absente de la liste des buts légitimes. Il fallait donc la « traduire ». Elle est devenue l'atteinte aux droits ou à la réputation d'autrui.*

On pourrait considérer que cette traduction apparaît bien moins perverse que celle qui concerne le blasphème. Je n'en disconviens pas : dans l'affaire *Otto-Preminger*, des dispositions garantissant la protection, par l'Etat, de la religion, avait été traduites en termes de droits d'autrui, de protection de la morale et de préservation de l'ordre. Une telle acclimatation mariait l'eau et le feu, le théologico-politique et les droits de l'homme. Elle incarnait par excellence la problématique du « loup dans la bergerie », dans la mesure où les exigences la religion officielle, ou de ce qu'il en restait (l'« ennemie » des droits de l'homme), était présentée en termes, notamment, de respect des sensibilités de tout un chacun (et ce respect est l'« ami », du moins en apparence, des droits de l'homme). En revanche, dans le cas des propos racistes, la traduction, si elle se révèle certes discutable, ne revêt pas le même caractère pervers. Le racisme est un phénomène extrêmement grave : il a pu mener, dans ses formes les plus extrêmes, aux génocides du XXe siècle. Il se situe évidemment à l'exact opposé de la philosophie des droits de l'homme : à l'universalisme de cette dernière, il substitue le particularisme des « races », et il remplace son égalitarisme par une conception biologiquement hiérarchique des groupes ; enfin, contrairement à l'individualisme (la valeur de la personne, le principe d'autonomie) de la philosophie des droits de l'homme, le racisme enferme *a priori* l'individu dans un groupe auquel il n'a pas librement adhéré et duquel il ne pourra jamais sortir. Il en va différemment des appartenances religieuses, culturelles ou nationales : il est toujours par principe possible, quelles que soient les difficultés, d'en changer : abandonner une religion à laquelle on n'adhère plus ; se forger une nouvelle identité culturelle ou linguistique ; changer de pays. Mais enfermer les individus dans leur groupe en les traitant selon leur *origine* relève du racisme : nous ne pouvons pas *ne pas avoir été* – le passé se situe hors du champ de notre maîtrise. Attaquer quelqu'un à cause de sa religion ou de ses orientations spirituelles relève du débat d'idées : un catholique peut « démonter » pièce par pièce l'argumentation du *Concile d'Amour*, en critiquer les outrances, ou bien reconnaître que des siècles de domination et d'intolérance chrétienne devaient nécessairement susciter une telle révolte, certes démesurée. Il pourrait aussi décider de changer d'orientation, d'abandonner l'Eglise catholique romaine, ou de lui rester fidèle à sa manière en réinterprétant certains éléments de doctrine : tout cela relève du champ de la discussion. Il est vrai que la signification des propos racistes est en elle-même très différente. Le fait d'attaquer des individus pour la couleur de leur peau et ce que le raciste met « derrière » elle (une infériorité intellectuelle et morale) place les personnes visées dans une situation très particulière : on ne conteste pas ici des idées ou des pratiques – des éléments sur lesquels elles pourraient avoir prise et à propos desquels elles pourraient prendre une certaine responsabilité – mais un « être » qui s'impose à elles comme un destin. Quand un Noir ou un Juif est récusé comme tel par un raciste, ce dernier ne lui demande pas ce qu'il pense ou quelle est sa religion. Il le rejette *a priori*, sans avoir besoin d'étudier ses idées et ses comportements : *il « sait » toujours déjà*. Un tel stigmate d'infériorité a pu paraître bénin tant qu'il ne relevait que du discours.

sans doute considéré que *Hustler* avait agi en ne se souciant aucunement de la véracité des propos (*reckless disregard for truth*), ce qui aurait permis de le condamner. Falwell a réagi en invoquant l'*emotional distress*, notion traditionnelle du droit de la responsabilité civile extracontractuelle (*torts*) dans la *common law*. C'est une telle invocation de l'outrage subi et de la « souffrance » endurée qui a été rejetée par la Cour à cause de son caractère intrinsèquement subjectif.

⁶⁹ C'est le cas de la Belgique, par la loi Moureaux de 1981. La Belgique va prochainement élargir le champ des discriminations tombant sous le coup de la loi, tout en faisant « sortir » les discriminations raciales du droit pénal au profit de procédures civiles en dommages et intérêts. Voir *Le Soir*, 11 décembre 2006.

Et pourtant, les génocides du XXe siècle ont montré à quel point ce « discours » pouvait pervertir les mentalités et réactiver, avec une ampleur sans doute jamais atteinte auparavant, la vieille substitution biblique du bouc émissaire.

C'est dire la perversité du racisme, et les dégâts que peuvent entraîner les mots. Une telle constatation suffit-elle à justifier la répression des *propos* racistes (mises à part les injures « face à face » – les *fighting words* – qui ne sont protégées ni d'un côté ni de l'autre de l'Atlantique) ? Je ne veux pas répondre directement à une telle question, en ce point de mon argumentation en tout cas. Ce que je désire en revanche souligner, c'est le fait que l'on peut en toute cohérence dénoncer la répression des propos blasphématoires *et approuver celle des propos racistes*. Il n'y a pas, *ici*, de double standard (de « deux poids, deux mesures »), parce que ce dernier présuppose une homogénéité des domaines qui, en l'occurrence, n'existe pas. Le double standard constitue une violation du principe perelmanien de justice formelle : des situations similaires ne sont pas traitées de façon similaire. Nous en avons donné un exemple : le droit anglais du blasphème protège la religion anglicane ; il ne protège pas, notamment, la religion musulmane. Il s'agit d'une *discrimination* au sens strict du terme, c'est-à-dire d'une distinction arbitraire – sans justification, sans caractère raisonnable – entre situations semblables (des religions – ou, après traduction, des « sensibilités religieuses – demandant protection). Mais le racisme et le blasphème constituent des phénomènes radicalement différents : ce ne sont *en aucune manière* des « situations semblables ». Il n'est donc pas absurde ou irrationnel (arbitraire, discriminatoire) de les traiter différemment. Il ne serait pas inacceptable non plus de les traiter de la même manière si on leur découvrait (ce dont je doute personnellement) une similitude essentielle et non superficielle, nécessaire et non contingente.

Il existe en fait trois positions possibles : soit on criminalise les propos blasphématoires et les propos racistes ; soit on les autorise tous les deux ; soit encore on accepte la criminalisation d'une des catégories et on rejette, pour de bonnes raisons, celle de l'autre. Pour faire bref : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme me semble aller – avec un certain nombre de garde-fous qui me paraissent fragiles – dans le sens de la première position ; nous verrons que la Cour suprême des Etats-Unis adopte la deuxième ; et je serais tenté (c'est plaidable puisque les situations ne sont *pas* semblables) de faire mienne la troisième position. Pour commencer, bien imparfaitement, à défendre cette dernière, je dirais ceci : si un musulman ou un chrétien me demandait pourquoi, dans ma perspective, les attaques « offensantes » le visant sont autorisées au nom de la liberté d'expression alors qu'on ne peut « offenser » les Noirs (ou les Juifs, considérés par le raciste comme une « race »), je répondrais que la critique (même virulente) du christianisme ou de l'islam (ou encore de la *religion* judaïque) relève du débat démocratique (il existe une certaine symétrie, l'autre peut répondre, également de façon « choquante » s'il le veut, changer d'orientation, etc.), alors que celle « des Noirs » ne veut strictement rien dire tant qu'on n'a pas demandé à un individu dont la couleur de la peau est noire ce qu'il fait et pense. Elle relève de l'*a priori* pur. Elle est radicalement différente de la critique, même rhétoriquement « musclée », des idées. Ceci n'empêche pas que l'on puisse adopter les première et deuxième positions, au nom soit d'un respect (périlleux) de toutes les « sensibilités » (Cour de Strasbourg), soit d'une défense très radicale de la liberté d'expression (Cour de Washington). J'ajoute pour terminer sur ce point que les trois positions permettent de se sortir du « deux poids, deux mesures » *réel* : celui dont se rendent coupables ceux qui cautionnent la protection d'une religion (*traduire* : d'une « sensibilité ») et non des autres. Ou bien on protège les religions ou bien on ne les protège pas. Le caractère discriminatoire du droit britannique est *en tout cas*, sur ce point, flagrant et inacceptable comme tel.

L'arrêt Virginia v. Black

Je vais maintenant poursuivre mon analyse en commentant brièvement une décision récente de la Cour suprême des Etats-Unis relative à la problématique des propos racistes. L'arrêt s'appelle *Virginia v. Black* et date de 2003. Un groupe de membres du Ku Klux Klan⁷⁰ avait loué une prairie

⁷⁰ Je signale – pour anticiper la réflexion sur les propos négationnistes – qu'un ancien leader du Klan, David Duke, a fait, en décembre 2006, le voyage de Téhéran pour participer à un colloque négationniste sur la Shoah organisé par le G. HAARSCHER, *Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée* Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/1.

pour y organiser un rassemblement public. Durant l'après-midi, certains d'entre eux firent des discours amplifiés par haut-parleur, dont le contenu n'avait rien à envier aux élucubrations des *Green jackets* de Copenhague. Le shérif du comté, alerté, se déplaça jusqu'à la prairie, mais il considéra, à ce moment, qu'il ne pouvait rien faire. Le soir, les hommes du Klan firent brûler une grande croix. La croix en feu est un symbole très fort du Klan et des terribles exactions qu'il a commises au cours de son histoire. Or il existe en Virginie une loi, qui date des années 1950 – à l'époque où les violences du Klan étaient très fréquentes, contre les militants du Mouvement des droits civiques en particulier –, et qui interdit de « brûler une croix avec l'intention d'intimider ». Le shérif revint donc sur les lieux et arrêta le leader de ce mouvement pour la suprématie blanche qui, ironiquement, se nomme Black. Ce dernier fut poursuivi sur la base de la loi susmentionnée. Comme la loi disposait également que, quand une croix est brûlée, l'intention d'intimider est présumée – c'est une *prima facie evidence*, une présomption réfragable –, Black fut condamné par un jury populaire. La procédure suivit son cours jusqu'à la Cour suprême de Virginie, qui donna raison à Black. L'Etat de Virginie porta l'affaire devant la Cour suprême des Etats-Unis, qui confirma la décision de la Cour suprême de Virginie.

Virginia v. Black est, comme de nombreux arrêts de la Cour suprême, une décision que les opinions convergentes et dissidentes, partiellement convergentes et partiellement dissidentes, rendent un peu malaisée à synthétiser. Mais certains éléments du processus argumentatif doivent être soulignés. Tout d'abord, la loi interdisant de brûler une croix avec l'intention d'intimider paraît discriminer entre les « discours » par rapport au contenu : pourquoi *seulement* s'en prendre à ceux qui brûlent une croix et non à ceux qui utilisent des expressions symboliques différentes ? La Cour suprême se montre très exigeante en matière de limitations de la liberté d'expression qui ne sont pas neutres quant au contenu (*content neutral*). C'est bien normal, puisque le sens même de la liberté de parole présuppose que l'Etat ne réprime pas des discours qui lui déplaisent ou heurtent une partie de la population. Une telle exigence est proche du critère « Handyside », qui requiert de l'Etat qu'il protège aussi bien les propos qui plaisent (au pouvoir, à la majorité, etc.) que ceux qui déplaisent : heurtent, choquent ou inquiètent. En ce sens, la Cour déclare la loi de Virginie inconstitutionnelle parce que celle-ci viole la clause de liberté d'expression du Premier Amendement en discriminant entre les discours en fonction de leur contenu : dans le contexte précisé, on ne peut pas brûler une croix, mais *quid* d'autres gestes symboliques de nature similaire ? Cet argument a d'ailleurs été démonté dans l'opinion dissidente du juge Thomas – le seul juge noir siégeant à la Cour suprême actuelle – de la manière suivante : il est bien évident que c'est au fait de brûler une croix que s'en prend la loi ; mais cette « stigmatisation » est bien compréhensible dans la mesure où, à l'époque où la loi a été votée, c'était le Klan qui menaçait la paix civile et avait recours aux lynchages et à d'autres types de meurtres pour faire prévaloir son opposition au grand mouvement de déségrégation inauguré en 1954 par le fameux arrêt *Brown v. Board of Education*. Mais nous sommes au début du XXI^e siècle, le Klan n'est plus ce qu'il était⁷¹, et la loi contestée est considéré par une majorité de la Cour comme discriminatoire quant au contenu.

Il y a plus important – un argument plus puissant qui soutient l'invalidation de la loi de Virginie par la Cour. La loi est trop « large » (*overbroad*) au sens où, criminalisant à juste titre l'intimidation et les menaces racistes, elle sanctionne également des discours que la Cour considère comme protégés. Rappelons que la loi sanctionne le fait de brûler une croix *avec l'intention d'intimider*. Le Klan avait coutume de planter une croix en feu dans les jardins des familles noires jugées indésirables par les Blancs du voisinage. Manifestement, le geste visait à intimider, à faire

président iranien Ahmadinejad (*Le Monde*, 14 décembre 2006)..

⁷¹ Il y a eu trois Ku Klux Klans ; le premier fut créé en 1866 après la Guerre de Sécession, en réaction à l'émancipation des Noirs ; il s'est livré à de nombreuses violences dans le but d'éviter l'égalité proclamée par le XIV^e Amendement à la Constitution. Ce premier Klan a été interdit au bout d'une dizaine d'années (1866-1877). Au début du XX^e siècle est apparu un deuxième Klan (1915-1944). Il a été popularisé par un livre de Thomas Dixon (1905), qui a mythologisé, et rétrospectivement romantisé le Klan. Ce livre fut à l'origine d'un nouveau mouvement, et a fourni la base du film de D.W. Griffith, *The birth of a nation* (1915), d'ailleurs très controversé. Le Klan possède quatre millions de membres en 1920. Il décline ensuite et disparaît. Le mouvement est recréé après la Deuxième Guerre mondiale. Les groupuscules du Troisième Klan deviennent de plus en plus violents à partir des années 50 à cause notamment de l'arrêt *Brown v. Board of Education* (1954), qui met fin à la ségrégation dans les établissements d'enseignement public.

peur, à menacer, à laisser entendre que la prochaine étape serait plus violente, à terroriser pour que la famille noire quitte le quartier. Ce type de « discours » symbolique (la croix en feu remplaçant les mots) était si *proche du comportement* qu'il pouvait être considéré comme une « véritable menace »⁷² et, par conséquent, n'être pas protégé. C'est justement ce que sanctionnait la loi de Virginie : brûler une croix en voulant intimider. Mais une telle expression ne laisse-t-elle pas la porte ouverte à l'idée suivant laquelle il pourrait arriver que l'on brûle une croix *sans* intimider ? On retrouve ici la réticence de la Cour à admettre des définitions trop larges des dispositions répressives, en particulier quand elles portent sur des droits garantis constitutionnellement. En d'autres termes, il peut arriver que le fait de brûler une croix relève du discours politique, aussi répugnant en soit le contenu. C'est bien pourquoi la loi ajoute à la première condition (brûler la croix) une contrainte supplémentaire (avec l'intention d'intimider). Bien entendu, quand on entre dans le domaine de l'intériorité, des motifs et des « intentions » – bref de la subjectivité –, les repères deviennent fragiles : nous l'avons vu, en particulier dans l'arrêt *Hustler v. Falwell*, à propos de notions telles que le sentiment d'« outrage », ou encore la motivation haineuse. C'est la raison pour laquelle l'intimidation doit faire l'objet d'un commencement de réalisation : il faut qu'il y ait une personne précise, réellement susceptible d'être intimidée (comme dans le cas des croix en feu dans les jardins des familles noires indésirables), bref que la menace soit proche, imminente, crédible. Si ce n'est pas le cas, un discours politique général, par hypothèse raciste et dès lors inquiétant (le troisième adjectif de la « trilogie » *Handyside*) pourrait être criminalisé pour son contenu.

La Cour suprême des Etats-Unis a parcouru un long chemin en matière de liberté d'expression. Prenant un itinéraire que je retracerai plus loin, elle a finalement exigé, dans l'arrêt *Brandenburg v. Ohio* de 1969, que l'illégalité à laquelle inciterait par hypothèse le discours, soit suffisamment imminente et probable pour qu'elle puisse donner lieu à répression⁷³. Il est loin le temps où la Cour acceptait la criminalisation des idées subversives (*subversive advocacy*) parce qu'elles visaient, dans un futur indéterminé, à renverser le gouvernement par la force. Il faut maintenant, au moins depuis l'arrêt *Brandenburg*, qu'existe une incitation très directe à la violence. *Mutatis mutandis*, la Cour Rehnquist, dans l'arrêt *Virginia v. Black*, requiert que le lien entre le discours et l'action soit court⁷⁴. Toute la difficulté consiste, pour un jury populaire, à appliquer ce test, mais ceci fait partie des problèmes normaux de la procédure civile ou pénale. On remarquera qu'un tel test est bien plus protecteur qu'un test qui tiendrait compte des « sensibilités ». A l'aune de ce dernier test, le discours du Klan dans la prairie, même sans auditeurs effectifs, deviendrait aussi criminalisable que le film de Schröter dans une salle d'Innsbruck. Une telle comparaison ne visait que le lien, direct ou indirect, entre le discours et ses effets, et non le contenu des propos : j'insiste de façon récurrente sur la nécessité de distinguer propos racistes et blasphématoires.

Le problème véritable, dans l'affaire *Virginia v. Black*, vient d'ailleurs. Nous savons déjà

⁷² "... the First Amendment ... permits a State to ban a "true threat." (*Virginia v. Black*). La Cour cite *Watts v. United States* (1969 – un individu avait affirmé que, si on lui donnait un fusil à l'armée, où il ne voulait pas aller, la première chose qu'il ferait serait de tirer sur le président Johnson) et *R. A. V. v. City of St. Paul* ("Threats of violence are outside the First Amendment"). (1992 – affaire dans laquelle des racistes blancs avaient brûlé une croix dans le jardin d'une famille noire).

⁷³ L'arrêt déclare que "the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to *inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.*" (*Brandenburg v. Ohio* [1969]). Je souligne. Voir *infra*.

⁷⁴ La Cour, se référant à sa jurisprudence, indique bien les circonstances dans lesquelles l'expression ne serait pas protégée : "A state may punish those words which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. *Fighting words*, those personally abusive epithets which, when addressed to the ordinary citizen, are, as a matter of common knowledge, inherently likely to provoke violent reaction, are generally proscribable under the First Amendment. Furthermore, the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a state to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to *inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.* And the First Amendment also permits a state to ban a "true threat." Je souligne. Il y a donc: (1) les injures ou "mots de combat"; (2) l'illégalité imminente; (3) la menace réelle (ou l'intimidation). Dans chacun de ces cas, le lien entre le discours et l'action proscribite doit être *très court*.

que, selon la loi de Virginie, quand une croix est brûlée, l'acte emporte par lui-même une présomption (certes réfragable) d'intimidation. Autrement dit, cette *prima facie evidence* a pour effet de renverser la charge de la preuve : c'est à l'accusé de prouver qu'il n'y a pas eu d'intimidation, une telle exigence rendant sa position plus difficile. La question du régime de la preuve en procédure tant civile que pénale revêt une importance impossible à négliger pour le résultat du procès. Si l'on se réfère par exemple à un grand arrêt relatif à la liberté d'expression, le très célèbre (et déjà cité) *New York Times v. Sullivan*, l'une des avancées « libérales » qu'il permet concerne la charge de la preuve : en droit britannique et dans la tradition de la *common law*, en cas d'action en diffamation, c'est le défendeur qui doit prouver la véracité de ses dires ; dans la jurisprudence *Sullivan*, au contraire, c'est au demandeur (celui dont la réputation a été mise en cause, et qui demande réparation) de prouver non seulement la fausseté des allégations proférées par le défendeur, mais encore – et nous voici de nouveau dans le domaine si peu objectivable de l'intention – qu'elles ont été faites en pleine connaissance de leur fausseté, ou avec une désinvolture radicale quant à leur vérification : c'est le test dit de l'*actual malice* (si l'on veut : de la perversité effective de l'intention). Dans l'arrêt *Black*, la disposition sur la *prima facie evidence* rend beaucoup plus difficile à l'accusé ou au prévenu (il s'agit ici d'une procédure pénale) de plaider sa cause : le jury conclura plus aisément à l'intimidation, et condamnera. C'est le couplage des deux dispositions, celle sur la croix que l'on brûle en voulant intimider, et celle sur la présomption d'intimidation, qui rend pour la Cour la loi *overbroad*, c'est-à-dire trop large, dans la mesure où elle risque de sanctionner un discours symbolique *politique*. Formulé autrement : la disposition de la *prima facie evidence* rend trop difficile pour celui qui brûle une croix dans un but politique (détestable, mais ce n'est pas la question) de montrer qu'il n'y a pas eu d'intimidation directe. La Loi viole donc le Premier Amendement à la Constitution.

Ces considérations montrent, me semble-t-il, à l'évidence que, parmi les trois positions possibles que j'avais définies à propos du blasphème et des propos racistes, la Cour suprême des Etats-Unis choisit résolument la deuxième : *et* le blasphème (arrêt *Burstyn*) *et* les propos racistes sans intimidation directe (arrêt *Black*) sont protégés. Je rappelle que, selon moi, la première position (les deux types de discours peuvent être limités) est plutôt celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Je réserve pour l'instant la question de savoir si la troisième position (justifier l'interdiction des propos racistes, mais pas celle du blasphème), se révélera finalement tenable. En tout cas, de la même manière qu'il est clair que la censure du film de Schröter ne passerait pas le test constitutionnel américain, on peut dire que même les propos des *Green jackets* (je ne parle pas de Jersild, le journaliste non raciste), dans la mesure où ils n'impliquaient pas de menace claire et imminente visant des personnes précises, auraient été protégés par la Cour suprême. La Cour européenne des droits de l'homme a dit exactement le contraire : si (ils ne l'ont pas fait) les skinheads avaient saisi la Cour de Strasbourg à propos de leur condamnation, celle-ci ne leur aurait pas donné raison⁷⁵. Il faut dire qu'existe dans la Convention européenne des droits de l'homme le fameux article 17⁷⁶, qui incarne la philosophie de la *militant democracy* (une démocratie qui peut se muscler pour combattre ses ennemis⁷⁷) : pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Roger

⁷⁵ La Cour dit : « ... nul doute que les remarques qui ont valu leur condamnation aux blousons verts ne bénéficient pas de la protection de l'art. 10 ». (L'article 17 n'est pas explicitement mentionné dans l'opinion majoritaire. Seule la juge Liddy, dans son opinion dissidente, fait allusion à l'« esprit » de l'article 17 pour justifier que, selon elle, il n'y a pas eu de violation de la Convention). (*Jersild c. Danemark*, § 35).

⁷⁶ « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

⁷⁷ P. MACKLEM définit la question de la *militant democracy* comme suit : “Can a constitutional democracy act legally in an antidemocratic manner to combat threats to its existence?” (“Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination”, *International Journal of Constitutional Law* 2006 4(3):488-516). Voir A. SAJO, (éd.), *Militant democracy*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2004. L'article 17 relève de cette problématique, mais sous une forme « douce » : ceux qui visent la destruction des droits de l'homme ne seront pas protégés par la Convention, du moins *dans une certaine mesure*, ce que montre bien l'avis de la Commission dans la célèbre affaire *Lawless c. Royaume-Uni* concernant un militant de l'IRA (l'arrêt de la Cour date du 11 juillet 1961). « L'article 17 n'ôte en aucune façon la garantie générale des droits et libertés assurés par la Convention à ceux qui tentent de détruire ces droits

Garaudy a été condamné en France pour propos négationnistes. Il a déposé une requête à la Cour de Strasbourg, qui l'a jugée non recevable en se basant sur l'article 17⁷⁸. Si ce dernier peut jouer contre les affirmations des négationnistes, *a fortiori* en sera-t-il de même pour des propos directement racistes comme ceux des *Green jackets*, qui ne sont évidemment pas recouverts d'un vernis scientifique.

La très médiatisée affaire Skokie

Au printemps de l'année 1977, le Parti national-socialiste américain demande à différentes communes situées au nord de Chicago l'autorisation de manifester⁷⁹. Seul le village de Skokie, répond, en exigeant un dépôt préalable de 350.000 \$ à titre d'assurance pour les dégâts éventuels. Frank Collin, le dirigeant du parti, annonce alors son intention de manifester le 1^{er} mai, estimant que l'exigence du dépôt viole le Premier Amendement. Dans ce village habite une population juive importante, comprenant de nombreux rescapés de ce que l'on n'appelle pas encore la Shoah (à l'époque on parlait d'« Holocauste »). Les autorités municipales, choquées, de façon bien compréhensible, par une telle perspective, introduisent une action auprès d'un juge de première instance de l'Etat d'Illinois, lui demandant d'interdire la manifestation. Le juge accueille leur requête le 28 avril et prend une ordonnance d'interdiction de cette dernière. Collin, le chef de ce petit groupe de néo-nazis qui ont coutume de parader en portant l'uniforme des SA, est avide de publicité et conteste en justice cette interdiction. L'ACLU⁸⁰, grand défenseur des droits constitutionnels, en particulier du Premier Amendement, prend fait et cause pour Collin et accepte de le représenter en justice. Le parti n'ayant pu, ordonnance judiciaire oblige, manifester comme projeté à Skokie le 1^{er} mai, exprime l'intention d'y revenir un autre jour. Pour empêcher que ce projet se réalise, les autorités municipales de Skokie promulguent, le 2 mai, trois règlements qui ont pour effet de rendre la manifestation impossible. Le parti, défendu par l'ACLU, obtient finalement de la Cour suprême des Etats-Unis, le 14 juin, que l'ordonnance du juge de première instance soit retirée ou réexaminée avec diligence⁸¹. L'action judiciaire a lieu en plusieurs temps, et, en fin de compte, l'ordonnance est totalement annulée. Parallèlement, Collin tente d'obtenir des juridictions fédérales l'annulation des règlements adoptés le 3 mai par la municipalité de Skokie. Ils

et libertés. Il rend simplement impossible le fait que ces personnes... puissent tirer de la Convention un droit leur permettant de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte tendant à la destruction des droits et libertés reconnus par la Convention. » (Avis n° 41, cité par P. LE MIRE, in PETTITI *et alii*, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 512).

⁷⁸ « Quant aux condamnations de M. Garaudy pour contestation de crimes contre l'humanité, la Cour se réfère à l'article 17 (interdiction de l'abus de droit), qui a pour but d'empêcher les individus de tirer de la Convention un droit leur permettant de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention. Ainsi, personne ne peut se prévaloir de la Convention pour se livrer à des actes contraires à ses dispositions. Après avoir analysé l'ouvrage litigieux, la Cour considère, comme les juridictions nationales l'ont démontré, que le requérant a fait siennes les thèses négationnistes et a remis en cause systématiquement les crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive. Or, selon la Cour, il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, ne relève pas d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. Une telle démarche a en fait pour objectif de réhabiliter le régime national-socialiste [*c'est donc une « activité » selon la Cour – GH*], et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. *La contestation de crimes contre l'humanité apparaît donc comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les juifs et d'incitation à la haine à leur égard.* » (*Garaudy c. France*, décision d'irrecevabilité, 24 juin 2003. Je souligne. Noter l'usage du concept de diffamation collective).

⁷⁹ Pour l'analyse qui suit, je me base essentiellement sur P. STRUM, *When the Nazis came to Skokie. Freedom for speech we hate*, Lawrence, University Press of Kansas, 1969.

⁸⁰ L'*American Civil Liberties Union* a été créée en 1920. Elle a notamment soutenu John Scopes, un professeur de biologie qui avait décidé de faire cours sur la biologie darwinienne en violation d'une loi du Tennessee interdisant l'enseignement de doctrines contraire à la religion. Ce fut le fameux « *Monkey trial* » de 1925 (voir sur ce point G. HAARSCHER, « Laïcité et espace public aux Etats-Unis et en Europe », art. cit.). Elle a été impliquée dans la lutte pour les droits civiques des Noirs, pour le droit à l'avortement (*Roe v. Wade*, 1973), etc. Son combat principal a cependant concerné dès le début la liberté d'expression.

⁸¹ *NSPA v. Skokie* 432 US 43 (1977). Le NSPA est le « National Socialist Party of America ».

seront finalement invalidés par la Cour d'appel du Septième Circuit⁸². Le parti nazi ne manifesterait jamais à Skokie, mais il aura gagné sur le plan judiciaire.

L'ACLU sera vertement critiquée pour avoir « défendu les nazis ». Il faut noter que Collin a agi avec intelligence, en s'engageant à ce qu'il n'y ait pas de discours, ni à proprement parler de « marche », mais seulement une manifestation silencieuse devant l'hôtel de ville de la commune. Il s'agit donc bien d'une affaire mettant en jeu les protections conférées par le Premier Amendement : s'il y avait eu intimidation directe ou injures dans une situation de face-à-face, la manifestation n'aurait pas été protégée. L'ACLU, dont de nombreux dirigeants étaient juifs, fut donc confrontée à une alternative redoutable : soit elle défendait, au nom du principe de la liberté d'expression, les droits de Collin et de ses sbires néo-nazis, soit elle défendait la mémoire de la Shoah. Il était clair que l'idée même d'une manifestation nazie, même confinée dans un périmètre restreint, créait un choc émotionnel à peu près insupportable, et d'abord pour la partie de la population de Skokie composée de survivants de l'« Holocauste ». Ceux-ci ne manquèrent pas de se mobiliser, en évoquant à nouveau les souvenirs particulièrement atroces que faisaient renaître en eux le parti néo-nazi, le symbole de la croix gammée ou les uniformes des SA. Ils ne laisseraient pas une deuxième fois le nazisme utiliser les faiblesses engendrées par l'ouverture démocratique et la liberté d'expression pour laisser détruire la démocratie elle-même. Ils appliqueraient les principes de la « démocratie militante » que j'ai rapidement décrits plus haut. Certes, les excités du NSPA n'étaient que quelques-uns, et les Etats-Unis des années 1970 n'avaient rien à voir avec la République de Weimar du début des années 30 : un tel groupuscule ne menaçait évidemment en aucune façon la démocratie américaine. Mais il reste que l'idée même de cette manifestation ne pouvait qu'apparaître totalement répugnante aux yeux non seulement des survivants, mais de tous les démocrates.

Dans le fond, la manifestation projetée à Skokie en 1977 anticipait celle du Ku Klux Klan dans une prairie de Virginie en 2003 : même répugnance à l'égard d'une idéologie abominable, racisme antijuif d'une part, racisme anti-Noirs d'autre part. De la même manière, le débat tournait autour d'une distinction difficile entre le simple discours, fût-il symbolique (swastikas et uniformes d'un côté, croix en feu de l'autre), et le comportement (violent, menaçant). Et dans les deux cas, la position finalement adoptée par le Cour suprême se situait à l'opposé de l'opinion reçue en Europe (mais aussi au Canada et ailleurs dans le monde), où de nombreuses lois criminalisent le « discours de haine »⁸³.

Des propos racistes au discours négationniste : une gradation problématique

Une des difficultés de la répression des *propos* racistes consiste en ceci que les normes de limitation de la liberté d'expression doivent être strictement construites sous peine de « geler » (*chill*) le débat démocratique. Parfois, il s'agit d'un *discours*, c'est-à-dire de propos articulés prétendant à l'objectivité. Il est clair que, dans une société qui valorise la science, celui qui veut avancer une thèse a intérêt à le faire sous une forme qui respecte au moins superficiellement les critères de la rigueur épistémologique. Nous pouvons en fait distinguer plusieurs niveaux de propos racistes. Le premier, le plus élémentaire, est bien représenté par les érucations des *Green jackets*, notamment sur les « gorilles ». Toute prétention à l'argumentation sérieuse est absente. Mais, dans la mesure où ces propos ne sont pas tenus face à quelqu'un qui pourrait se sentir menacé (ce serait de l'intimidation, qui n'est, nous l'avons vu, pas protégée) ou réagir violemment à ce qu'il ressentirait comme une injure (ce seraient des *fighting words*, qui tombent également hors du champ de la protection), la Cour suprême des Etats-Unis considérerait sans doute qu'ils font partie du *speech* protégé par le Premier Amendement. Nous savons que la Cour de Strasbourg prend une position inverse. Il faut donc placer en deçà du niveau représenté par l'interview des *Green jackets*, la situation à peine hypothétique dans laquelle ils mettraient leurs « idées » en application ou menaceraient directement de le faire : dans ce cas, à ce niveau zéro de l'expression, les deux Cours

⁸² *Collin v. Smith* 578 F.2d 1197 (1978).

⁸³ Voir F. SCHAUER, « The exceptional First Amendment », in M. IGNATIEFF, éd., *American exceptionalism and human rights*, Princeton University Press, 2005, pp. 32 sq.

seraient d'accord pour ne pas la protéger. Il existe, au-dessus du premier niveau (les propos des *Green jackets* – la hiérarchie est établie en termes d'articulation des propos, de tendance au « discours »), un « étage » qui contient le discours raciste *structuré*. Ces propos seraient bien sûr *a fortiori* protégés par la Cour suprême des Etats-Unis, mais ils sont criminalisés par les législations d'un certain nombre de pays européens. On placera dans cette catégorie toute la production pseudo-scientifique sur la question « raciale », qui va des extrapolations tirées illégitimement de la linguistique et des délires biologiques au XIXe siècle (les langues indo-européennes deviennent l'attribut de la « race » aryenne) à la « science nazie ». Y appartiennent, sur un mode mineur, les propos tenus par Jean-Marie Le Pen sur l'inégalité des races⁸⁴. Au troisième niveau se situe un discours dont la caractéristique principale consiste dans le *maquillage rhétorique* : c'est ici que la *traduction* débute véritablement. Il ne faut certes pas comparer l'incomparable : les juges de Strasbourg « traduisent » la religion « protégée » en respect égalitaire des sensibilités avec une entière bonne foi, c'est-à-dire à partir de l'idée (à mon sens erronée) selon laquelle la répression des excès gratuits de la critique de la religion peut aider à la construction d'une société plus égalitaire et plus libre. Il y a, pour reprendre une distinction d'origine aristotélicienne et reprise par Kant, un *paralogisme* dans la traduction du blasphème, notamment par le terme « droits d'autrui » : c'est selon moi une erreur de raisonnement, mais elle est commise de bonne foi.

A l'inverse, le raciste qui « traduit » ses préjugés dans le langage des droits de l'homme agit de façon délibérément perverse : il produit des *sophismes* non parce qu'il se trompe (cas du paralogisme), mais parce qu'il veut tromper autrui. Le processus de traduction est d'ailleurs déjà présent au deuxième niveau, auquel se tiennent les discours explicitement racistes, mais structurés : le raciste se réfère à la science, valeur moderne s'il en est, indispensable à la pensée critique sans laquelle il n'y a pas de démocratie et de contrôle effectif du respect des droits de l'homme. Mais c'est à ce troisième niveau que la traduction joue à plein : la dimension raciste est – pour utiliser une expression orwellienne – *vaporisée*. Crime rhétorique semble-t-il parfait : pas de traces. Un bon exemple de cette stratégie est constitué par la nébuleuse intellectuelle appelée, depuis les années 1980 en France, la *Nouvelle Droite*. Pierre-André Taguieff, grand spécialiste du racisme et de sa rhétorique, a montré que le travail de traduction se faisait, dans un tel contexte, au moins à deux niveaux. D'une part, on ne parle plus de races mais de *cultures*. Autant il apparaît inacceptable, sur le plan scientifique et sur celui de la morale, de diviser l'humanité en supposées « races », autant il semble tout à fait normal de constater – et de réfléchir à – la diversité culturelle effective. L'Occident, ou l'« Europe », ne seront dès lors plus défendus au nom de la supériorité de la race blanche (on sera à ce moment très loin du discours du Ku Klux Klan, par exemple), mais comme une « culture » ou une « civilisation ». Le mot « race » est à l'opposé de l'universalité des droits de l'homme, de l'égalitarisme et de la liberté (il rend l'individu prisonnier de sa « destinée » biologique). Le mot « culture », comme expression de la diversité des créations historiques portées par les groupes humains divers, est tout à fait acclimatable au milieu des droits de l'homme, même si le concept engendre ambiguïtés et controverses (mais quelle notion n'a-t-elle pas ces effets ?). La traduction s'effectue encore par un autre biais. Non seulement la Nouvelle Droite parle de cultures au lieu de races, mais elle ne *hiérarchise* pas les cultures. La théorie raciale et raciste présupposait la différence des races, mais aussi leur inégalité (c'est le titre du célèbre essai de Gobineau⁸⁵), leur hiérarchie. La Nouvelle Droite, pour sa part, affirme l'égalité des cultures. On est donc passé d'une théorie hiérarchique, « verticale », des races, à une théorie égalitaire, « horizontale » (démocratique) des cultures⁸⁶. On ne verrait que matière à se réjouir d'une telle transformation si, en fait, les

⁸⁴ En novembre 1998, Le Pen a été condamné par le tribunal de grande instance de Nanterre à 10 000 F de dommages et intérêts au profit de l'Union des étudiants juifs de France, pour avoir déclaré « Je crois à l'inégalité des races », lors de l'université d'été du FN, le 30 août 1996 (*Le Monde*, 27 novembre 1998). Il avait d'ailleurs répété ses propos à la radio : « Oui, je crois en l'inégalité des races. (...) Aux Jeux olympiques, il y a une évidente inégalité entre la race noire et la race blanche, c'est un fait. Je constate que les races sont inégales. C'est une banalité. » (*Europe 1*, 9 septembre 1996).

⁸⁵ Joseph-Arthur GOBINEAU, *Essai sur l'inégalité des races humaines* (1853-1855).

⁸⁶ Sur le néo-racisme qui transforme le « dogmatisme *biologiste* et l'évidence *inégalitaire* » en « défense des *identités culturelles* et « éloge de la différence », voir P.-A. TAGUIEFF *Les fins de l'antiracisme*, Paris, Michalon, 1995, p. 291, et tout le chapitre « Les métamorphoses idéologiques du racisme... », pp. 271-327. A propos de la Nouvelle Droite, voir

G. HAARSCHER, *Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée*
Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/1.

conséquences de ce discours *devenu politiquement correct* n'étaient pas pratiquement équivalentes à celles du discours « dur ». La Nouvelle Droite défend en effet une autre thèse : celle de la fragilité des « organismes » culturels, et du danger corrélatif de les « métisser », de les mélanger⁸⁷. Cette thèse est très discutable, puisque, si elle met l'accent sur le péril d'un shopping culturel désarticulant la cohérence des expériences de vie, elle se base en même temps sur l'idée de cultures refermées sur elles-mêmes, ce qui aura pour effet quasi nécessaire de les scléroser. Mais si la vigilance critique est endormie (et c'est aujourd'hui la situation au monde la mieux partagée), la Nouvelle Droite aura gagné sur les deux tableaux : elle pourra toujours tenir son discours anti-immigrés, non plus au nom d'une théorie (irrecevable) de la hiérarchie des races, mais sur la base d'une doctrine de l'égalité de cultures fragiles qui ne peuvent se mêler sans péril. Le résultat sera le même : les étrangers seront appelés à s'en aller.

Une autre expression de ce niveau très articulé du discours raciste (le racisme disparaît en tant que tel de la surface de l'énonciation) est constituée par le *négationnisme*. Dans ce cas-ci, le racisme est « traduit » dans le langage de la science, du libre examen et du pluralisme nécessaire des thèses ouvertes à la controverse. Il est aujourd'hui établi que ceux qui nient l'existence de chambres à gaz, bref la Shoah, entretiennent des liens intimes avec l'extrême droite dure. Le négationnisme constitue une stratégie retorse, éminemment sophistique, visant à aboutir aux mêmes conclusions que les antisémites⁸⁸ : les Juifs ont « exagéré », ils ont même inventé l'Holocauste pour culpabiliser le monde et s'en assurer la domination, via Israël et leur pouvoir sur les gouvernements, l'économie, l'éducation et les médias occidentaux. L'antienne est bien connue, mais comme tel, le discours n'était plus tenable après 1945 : la Shoah avait décisivement décrédibilisé l'antisémitisme, banalisé avant-guerre. Il était donc politiquement très périlleux, pour un mouvement désireux d'élargir sa base électorale, de se réclamer de l'extrême droite dure. C'est d'ailleurs ce qu'a bien compris Le Pen : du temps où il était adjoint de Pierre Poujade, sa radicalité faisait peur (même semble-t-il à son maître)⁸⁹. A partir des années 1980, il a voulu rendre sa position plus « honorable » en *traduisant* au moins partiellement⁹⁰ son discours dans le langage de la démocratie et des droits de l'homme.

Mais le danger d'un discours franc et brutal n'était pas seulement politique : il était aussi judiciaire. Plusieurs pays européens se sont en effet dotés de lois criminalisant le discours négationniste, qui venaient s'ajouter aux lois antiracistes (et anti-*propos* racistes) de la génération précédente. Mais la question se pose alors : s'il est flagrant que le négationnisme constitue – pour paraphraser Clausewitz – la poursuite du racisme « par d'autres moyens », il faut se demander si cet état de choses justifie (et rend praticable) la criminalisation du discours de l'*Holocaust denial*. La difficulté majeure, concernant le discours « traduit », c'est qu'il est nécessaire de *ne pas le prendre à la lettre* pour dévoiler son contenu raciste. En surface, Rassinier, Faurisson et leurs semblables défendent le droit imprescriptible de l'homme de science (et du citoyen en général) à la révision des conceptions reçues : ceux que l'on appelait jadis « révisionnistes » et que l'on qualifie ordinairement aujourd'hui de « négationnistes » prennent la posture de nouveaux Galilée à qui la pensée « officielle » interdirait de poursuivre leur libre recherche scientifique. C'est donc dire la séduction exercée par ces partisans des théories du complot, ces pseudo-chercheurs persuadés de ce qu'une vérité insupportable aux dominants du monde contemporain est délibérément niée (c'est le

P.-A. TAGUIEFF, *Sur la Nouvelle Droite*, Paris, Galilée, 1994.

⁸⁷ Ce refus du « mélange » des races fut constamment affirmé vis-à-vis des Noirs durant la période de ségrégation aux Etats-Unis Dans le célèbre arrêt *Plessy v. Ferguson* (1896 – voir *infra*), le juge Brown, écrivant pour la majorité, niait que l'exigence d'égalité contenue dans le XIV^e Amendement impose “*a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either*” et justifiait la ségrégation. Voir l'analyse de B. ACKERMAN, *We the people. Foundations*, Harvard University Press, 1991, pp. 146 sq.

⁸⁸ Voir *supra* l'argumentation de la Cour européenne des droits de l'homme dans la décision d'irrecevabilité relative à l'affaire Garaudy, décision basée sur l'article 17 de la Convention (2003).

⁸⁹ « Repéré par [Pierre Poujade](#), il est élu député de [Paris](#) en [1956](#) sous les couleurs de l'[Union et fraternité française](#) (UFF). À vingt-sept ans, il est le plus jeune député de l'Assemblée nationale. Il sera exclu de l'UFF en [1957](#). » (http://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-Marie_Le_Pen).

⁹⁰ Il continue à mobiliser l'électorat de l'extrême droite traditionnelle par des « lapsus » soigneusement contrôlés.

cas, peu probable, du paralogisme) ou voulant à toute force et de mauvaise foi en persuader autrui (c'est le cas du sophisme, le plus fréquent). D'où le risque qu'implique la criminalisation d'un tel discours : renforcer dans le peuple la conviction que l'on veut à toute force *caché* quelque chose, puisqu'il est interdit *qu'on le dise*, en ayant recours à l'arsenal du droit pénal. Des auteurs comme Thierry Meyssan, qui nient tout ou partie de la version reçue des événements du 11 Septembre (voir *L'effroyable imposture*), exploitent le même filon⁹¹. Par ailleurs, nul ne niera l'influence délétère que pourrait exercer une telle « littérature » sur une opinion publique peu éclairée et amnésique (« Hitler, connais pas »⁹²), ainsi que chez les enfants et adolescents, qui seraient séduits par les simplifications de la théorie du complot.

Envisageons d'abord la répression du discours négationniste sur le plan des principes. On s'accorde à considérer que la Cour suprême des Etats-Unis ne considérerait jamais cette limitation de la liberté d'expression comme compatible avec le Premier Amendement. La Cour européenne des droits de l'homme a pris une position exactement inverse dans sa décision d'irrecevabilité relative à l'affaire Garaudy. Il y a d'abord en présence, pour tenter de commencer à comprendre ce qui constitue sur ce point un « grand écart », deux théories opposées de la « pente glissante » (*slippery slope*). Pour simplifier, disons que les Européens pensent que, de l'autorisation du discours négationniste, et *a fortiori* raciste, aux comportements antisémites, il n'y a qu'un pas, et qu'à permettre le premier, on dévalerait inéluctablement la pente menant à un accroissement des comportements antisémites. De la libération de la parole antisémite aux actes, le chemin serait court et direct. A l'opposé, les Américains craignent que la répression du négationnisme ne place les juges sur une pente glissante dans la mesure où l'extension de la répression constituerait une menace réelle : des propos racistes aux discours raciste articulé, de ce dernier au discours « traduit » de la Nouvelle Droite, puis au négationnisme, on passerait progressivement à des propos de moins en moins brutaux, le « vice » raciste rendant de façon croissante hommage à la « vertu » des droits de l'homme. Le juge se trouverait alors, pour reprendre la métaphore filée par l'arrêt *Burstyn*, à la dérive sur une mer au sein de laquelle il ne trouverait d'orientations que subjectives, arbitraires. Chaque fois qu'a lieu un procès pour négationnisme, les prévenus transforment le prétoire en une tribune pour la défense de leurs « thèses ». Or les principes le plus fondamentaux de l'Etat de droit, en l'occurrence le droit à un procès équitable, interdisent bien évidemment que l'on censure *cette* expression, qui se situe au cœur des droits de la défense et du principe du contradictoire. Mais plus préoccupante est, dans un tel domaine, la tension, devenue presque explosive, entre les exigences de la justice formelle et celles du caractère nécessairement étroit et clairement défini des dispositions répressives (pour éviter la fameuse *overbreadth*, critiquée notamment dans l'arrêt *Virginia v. Black*). La justice formelle, au sens perelmanien du terme, exige que des situations similaires soient traitées de façon similaire. On n'est pas autorisé à nier le génocide nazi. Sans entrer dans la controverse relative au caractère « unique » ou non de la Shoah, on peut comprendre que les victimes d'autres génocides, sans vouloir tout mettre sur le même plan, réclament également que « leurs » négationnistes soient punis. *Mais comme la notion de génocide est elle-même problématique et controversée, les exigences de la justice formelle et la nécessité de limiter strictement les cas de répression de la liberté d'expression risquent d'entrer en conflit.*

Une telle crainte n'est pas simplement hypothétique. Tout récemment, l'Assemblée nationale française a voté en première lecture une loi criminalisant la négation du génocide arménien⁹³. Cet acte éminemment politique a notamment été critiqué par le sociologue Michel Wieviorka, spécialiste de ces questions⁹⁴. Ne mettant pas en question la loi Gayssot (1990) criminalisant la négation de la Shoah, Wieviorka pense cependant que le principe de justice formelle (j'introduis bien entendu moi-même cette terminologie) n'exclut pas que l'on traite

⁹¹ Le livre a été publié en 2001. Pour une critique très élaborée des inexactitudes et fantasmes de l'auteur, voir http://fr.wikipedia.org/wiki/L'Effroyable_Imposture.

⁹² Documentaire de Bertrand Blier (1963).

⁹³ Ce génocide a été reconnu par la loi française en 2001, et sa négation a été criminalisée en première lecture par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2006 (d'où la polémique que l'on sait).

⁹⁴ *Le Monde*, 17 octobre 2006.

différemment les cas respectifs du génocide des juifs (ainsi que celui des tziganes) et du génocide des Arméniens. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans la controverse difficile relative à la comparaison des situations en tant que telles. Ce sont plutôt les situations respectives des publics « récepteurs » qui doivent être distinguées. En France, le génocide nazi a fait les dégâts terribles que l'on sait, grâce en particulier à une Collaboration dont l'ampleur a longtemps été sous-estimée, voire dissimulée par le pouvoir, notamment gaulliste. Cette tragédie historique a produit des effets qui se mesurent encore aujourd'hui. Le fait qu'un mouvement, dit « négationniste », prolonge et maquille le vieux discours antisémite ne peut en aucun cas être trivialisé. Je ne soutiens pas que la réponse fournie par la loi Gayssot (ou son équivalent en Belgique⁹⁵) soit la bonne. Mais en tout cas, le danger est là, réel, dans des pays qui ont subi la barbarie nazie. L'ironie de la situation, c'est que les Etats-Unis, par la voix de la Cour suprême, se montrent très réticents à accepter la logique de la « démocratie militante » en matière de négation de la Shoah. L'administration Bush, à l'inverse, a agi dans un sens au fond assez proche de la logique sous-tendant l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme (« Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ») dans sa lutte contre le terrorisme après les attentats du 11 Septembre 2001. Il a fallu attendre trois arrêts de 2004, puis un arrêt de 2006⁹⁶, pour que la Cour suprême rappelle l'exécutif à une certaine mesure dans la mise en cause de droits pourtant très fondamentaux, tels que l'*habeas corpus* ou les exigences du droit humanitaire. Toujours est-il que la France, ayant voté la loi Gayssot, apparaît aujourd'hui (et pas simplement aux Etats-Unis) comme descendant la pente glissante qui peut mener, pour les meilleures raisons du monde, à une limitation dangereuse de la liberté d'expression⁹⁷. Wieviorka dit ceci : le génocide des Arméniens (qu'il ne conteste pas) n'a pas concerné à l'époque (en 1915-1916) la France. Sa négation officielle par l'Etat turc, aussi insupportable soit-elle au regard non seulement des enfants des survivants arméniens, mais encore à celui de toutes les consciences « humanistes », ne constitue pas la prolongation du drame national français. Certes, dans une société mondialisée et avec la présence d'une minorité turque non négligeable, la négation du génocide arménien *existe* en France. Mais elle ne se situe pas au centre de la construction de l'identité démocratique nationale après 1945. Bien entendu, ces discours sont aussi falsifiés et sophistiqués que les thèses des Faurisson et autres David Irving. Il en va de même de la négation du génocide des Tutsis (et des Hutus « modérés »⁹⁸) au Rwanda. Mais il est possible selon Wieviorka de réconcilier justice formelle et protection de la liberté d'expression en ne criminalisant (si on ne trouve pas d'autres moyens) *que* la négation des génocides qui affectent et corrompent le tissu citoyen de la nation au sein de laquelle une loi de type « Gayssot » serait votée.

Il faut donc se méfier d'une extension « sauvage » de la justification d'une répression du discours pseudo-scientifique : le risque consiste en l'inflation des demandes d'intervention du législateur. Il y a à mon avis deux étapes sur la pente glissante. D'abord une multiplication des projets et propositions de loi relatives aux génocides « réels » Qu'est-ce, en vérité, qu'un génocide ? La Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) le définit comme un ensemble d'actes « commis dans l'intention de détruire, tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel ». Il ne concerne que des gouvernements ou des pouvoirs de fait. Evitons un malentendu à propos de cette définition : si la *religion* est mentionnée dans un document relatif aux effets extrêmes du *racisme*, ce n'est évidemment pas au niveau de la critique, des propos qui heurtent, choquent, inquiètent. C'est parce que les catégories utilisées par le raciste et qui constituent la ressource de son préjugé sont *arbitraires*. Il projette sur certains groupes sa haine, sa volonté d'infériorisation, ou de trouver des coupables du Mal régnant dans le monde. Que ces groupes (*genoi*) que l'on tente de tuer (*occidere*)

⁹⁵ Loi du 23 mars 1995.

⁹⁶ *Rasul v. Bush, Rumsfeld v. Padilla, Hamdi v. Rumsfeld* (juin 2004); *Hamdan v. Rumsfeld* (juin 2006).

⁹⁷ Au début de l'année 2007, la présidence allemande de l'Union européenne a annoncé qu'elle comptait faire adopter une législation contre le négationnisme au niveau européen.

⁹⁸ Les Hutus dit « modérés » (il faudrait dire « courageux », ou « héroïques ») sont ceux qui, et c'est leur honneur, ont refusé de traiter de « cancrelats » les Tutsis et d'agir en conséquence. Ils ont évidemment été considérés comme complices et massacrés comme tels. Sur les méfaits et l'*intrusivité* radicale (pour reprendre un des concepts-clé utilisé précédemment) de la Radio Mille Collines, on peut voir le film magnifique de Terry George, *Hotel Rwanda* (2005).

soient caractérisés par la couleur de la peau, la religion, la langue parlée, une certaine histoire ou toute autre notion simplifiée, distordue et fantasmée, n'importe pas ici. Quatre génocides ont été reconnus par des instances internationales dépendant de l'ONU, dont trois sur le plan judiciaire : le génocide des Arméniens (1915-1916), par une résolution de la Sous-Commission des Droits de l'Homme de l'ONU en 1985 ; le génocide des Juifs et des Tziganes (1939-1945), reconnu par le statut de la Cour de Nuremberg (1945) ; le génocide des Tutsis au Rwanda (1994), reconnu par l'ONU notamment lors de la création du Tribunal pénal international pour le Rwanda (8 novembre 1994) ; le massacre des Bosniaques musulmans à Srebrenica (1995), qualifié de génocide par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (2 août 2001). Un nombre important de massacres de masse constituent malheureusement, si l'on ose dire, des « candidats » à l'appellation « génocide ». On pensera notamment à la famine organisée en Ukraine – l'« Holodomor » –, dans les années trente par Staline⁹⁹, ou aux massacres systématiques de la population cambodgienne par le régime Khmer rouge (1975-1979 : un quart de la population tuée), ou encore aux massacres du Darfour (qualifiés de génocide par le Congrès des Etats-Unis en juillet 2004).

La liste est longue. Mais il y a pire, et c'est la seconde étape de la pente glissante vers l'enfer de la répression accrue à laquelle mènent les bonnes intentions. Sur le plan rhétorique, il apparaît que, pour une communauté humaine (ou ses leaders les plus « bruyants »), le fait de qualifier ses souffrances passées de génocide offre un avantage certain : comme il s'agit du crime des crimes, l'adversaire sera décisivement démonisé.

Le génocide est sans doute – bien qu'ici tout soit matière à controverse – le plus grave des crimes contre l'humanité. Ce dernier crime se distingue du « simple » – tout est relatif – crime de guerre en ceci qu'il vise directement (et non à titre de dommages collatéraux éventuels) des innocents. Le génocide constituant un crime contre l'humanité, accompli par un pouvoir politique ou un pouvoir de fait, et visant à éradiquer un groupe entier (ou une partie de ce groupe), objet de la stigmatisation raciste, est, pour ainsi dire, l'accomplissement du racisme. De telles précisions, bien insuffisantes au regard d'un débat qui a produit des milliers de livres et d'articles, expliquent en tout cas pourquoi la loi Gayssot parle de négation de *crimes contre l'humanité* commis par les nazis, alors que la loi belge correspondante mentionne la négation du *génocide* accompli par les mêmes. Les mots comptent énormément dans une discussion qui les affecte au premier chef, puisqu'elle tourne autour des limites légitimes de la liberté d'expression. Alain Finkielkraut rappelle, dans *La mémoire vaine*¹⁰⁰, les débats qui ont eu lieu dans les années 1980 en France à l'occasion de l'arrestation, puis du procès de Klaus Barbie, ancien chef de la Gestapo de Lyon. Ces débats ont repris dans les années 1990 à propos de Paul Touvier, de René Bousquet, ou encore de Maurice Papon. On sait que la France avait déclaré, en 1966, imprescriptibles les crimes contre l'humanité – mais pas les crimes de guerre, à l'inverse des Nations Unies. La différence, en ce qui concerne les crimes de Barbie, semblait claire : crimes de guerre (violation des lois de la guerre) pour la torture et l'assassinat de Jean Moulin ; crimes contre l'humanité, notamment pour la décision de déportation des enfants juifs d'Izieu, gazés à Auschwitz. Mais la Cour de cassation a, à l'époque, donné une définition plus large du crime contre l'humanité, incluant les exactions dont avaient été victimes les résistants. Cet élargissement de la notion scandalisa de nombreux commentateurs et une grande partie de l'opinion publique informée. « Nous, les victimes, nous n'avons jamais demandé à être considérées comme des héros, a dit... Simone Veil, alors pourquoi faut-il maintenant que les héros veuillent à tout prix et au risque de tout mélanger, être traités en victimes ? »¹⁰¹.

⁹⁹ L' Holodomor ou « extermination par la faim » renvoie, entre [1932](#) et [1933](#), à une famine terrible qui eut lieu en [Ukraine](#), alors sous contrôle de l'[URSS](#). Il y eut plusieurs millions de morts, et la question se pose de savoir si la volonté d'extermination fut systématique. Voici, dans ce cadre, un bon exemple de l'inflation des demandes de reconnaissance : « A Kiev, le président Iouchtchenko a déposé un projet de loi qualifiant la famine de 1932-1933 *de génocide, dont la négation sera punie*. En filigrane, les tensions avec les russophones et Moscou. L'Histoire n'est pas neutre. Dans l'ex-Union soviétique encore moins qu'ailleurs. » (*Le Monde*, 25 novembre 2006 ; je souligne).

¹⁰⁰ A. FINKIELKRAUT, *La mémoire vaine. Du crime contre l'humanité*, Paris, Gallimard, 1989.

¹⁰¹ FINKIELKRAUT, *op. cit.*, pp. 40-42.

Toute cette controverse concerne notre propos présent dans la mesure où elle montre le danger des limitations potentiellement *overbroad* (trop « larges ») de la liberté d'expression. L'historien pourra-t-il encore travailler si la contestation de crimes contre l'humanité est interdite, et si cette dernière s'étend, notamment par la grâce de la Cour de cassation française, à ce qui relevait précédemment du crime de guerre ? Pierre Vidal-Naquet, grand historien français récemment disparu, auteur des meilleures « déconstructions » du discours négationniste (notamment dans *Les assassins de la mémoire*¹⁰²), a plaidé, à la fin de l'année 2005, en compagnie d'autres intellectuels de renom (comme par exemple Elizabeth Badinter), pour l'abrogation pure et simple de la loi Gayssot et le refus de toute autre loi « mémorielle » du même type¹⁰³. Michel Wieviorka, pour les raisons que j'ai résumées plus haut, défendrait la loi Gayssot mais refuse la loi (qui n'a encore été votée qu'en première lecture par l'Assemblée) criminalisant le génocide arménien. Je signale à ce propos que de grands intellectuels turcs, tels qu'Orhan Pamuk – prix Nobel de littérature 2006 – et Elif Shafak¹⁰⁴, qui ont subi la répression pour avoir osé parler du génocide arménien, sont radicalement opposés à cette loi : elle permettra à l'Etat turc de continuer à interdire qu'on en parle en se donnant le confort d'une position de symétrie avec une grande démocratie européenne : en France on est (ou on sera, si la loi est promulguée) puni si on le nie, en Turquie on est puni si on l'affirme. C'est le danger de toutes les politiques pénales basées sur la phrase devenu tristement célèbre du président de la Cour d'Assises au procès Zola : « la question ne sera pas posée »¹⁰⁵.

La balance des intérêts et le principe de proportionnalité dans le domaine de la liberté d'expression

Grandeur et limites du test de proportionnalité

Il est temps de prendre un peu de distance pour essayer de mieux comprendre les différences d'appréciation que nous avons notées entre les deux univers juridiques considérés. Quand la Cour européenne des droits de l'homme tranche des affaires de liberté d'expression (mais ce ne sont pas les seules) en utilisant le test de proportionnalité, se distingue-t-elle radicalement de la jurisprudence de la Cour suprême ? En réalité, tout dépend de l'époque historique à laquelle l'analyse se réfère. Rappelons tout d'abord que le test de proportionnalité n'intervient qu'en finale dans le processus de légitimation des limitations de la liberté d'expression prévu par la Convention et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La limitation peut en effet être déclarée contraire à la Convention en amont du processus : soit, sur le plan formel, parce qu'elle n'est pas prévue par une loi ou, dans le système de la *common law*, incarnée dans un précédent bien établi (*well-established precedent*) ; soit, sur le plan du contenu, parce qu'elle ne correspond pas à l'un des buts légitimes énoncés au paragraphe 2 de l'article 10. Mais il se fait que le test de proportionnalité – la « nécessité dans une société démocratique » – a acquis, depuis la fin des années 1970, une importance croissante dans le mode d'argumentation et de décision de la (défunte) Commission et

¹⁰² Paris, La Découverte, 1987 (réédité chez Points-Seuil, 1995). On pourra lire des passages substantiels du texte à l'adresse <http://www.anti-rev.org/textes/VidalNaquet87c/>.

¹⁰³ Voir la pétition « Liberté pour l'histoire », parue dans *Libération*, 13 décembre 2005.

¹⁰⁴ L'écrivaine Elif SHAFAK, récemment acquittée lors d'un procès qui lui avait été intenté parce qu'elle avait parlé, comme son compatriote le prix Nobel Orhan Pamuk, du génocide arménien, écrit : « L'histoire de toute nation a ses épisodes déplorables, et la Turquie ne fait pas exception. Le déni de cette réalité et le rejet de toute mention des événements de 1915 est la pierre d'achoppement sur laquelle bute la démocratie dans mon pays. (...) Si l'Etat français adopte cette loi, les intransigeants prendront l'avantage en Turquie. Puis, dans le tumulte de la politique de représailles, ce sera l'escalade verbale machiste et nationaliste. Et, une fois de plus, ce sont les histoires des femmes arméniennes et turques, des grand-mères arméniennes et turques, qui retomberont dans le silence... » (*Le Monde*, 13 octobre 2006).

¹⁰⁵ C'est l'antienne célèbre du président Deleogorgue, prononcée « des centaines de fois » (J.-D. BREDIN, *L'Affaire, op. cit.*, p. 327) au procès Zola (7 au 23 février 1898), qui fit suite à la publication de *J'accuse* par *L'Aurore* (13 janvier 1898). Voir G. HAARSCHER, « La signification du *J'accuse* de Zola pour la définition de l'intellectuel contemporain », in Roselyne KOREN et Dan MICHMAN, eds., *Les intellectuels face à l'affaire Dreyfus alors et aujourd'hui. Perception et impact de l'Affaire en France et à l'étranger*, Actes du Colloque organisé par l'Université Bar Ilan (Ramat Gan, Israël – 13-15 December 1994), Paris, L'Harmattan, 1998.

de la Cour¹⁰⁶. On peut apporter des nuances à l'identification pure et simple entre ces deux notions : proportionnalité et nécessité dans une société démocratique. Mais je pense que de telles subtilités ne sont souvent pas prises en compte par la Cour, et qu'il n'est pas utile, au niveau de généralité où je me place maintenant, de les prendre en considération. L'essence de la question peut se résumer comme suit : quand une ingérence dans l'espace de la liberté d'expression est reconnue par la Cour ; quand, au surplus, celle-ci considère que cette limitation est légale et correspond à un but légitime selon la Convention, il lui reste à soupeser les deux intérêts en présence, à savoir la liberté d'expression invoquée par le requérant, et l'intérêt qu'incarne le but légitime invoqué par l'Etat. J'ai rappelé plus haut, à propos des affaires de blasphème, que parmi les buts légitimes se trouvent « les droits ou la réputation d'autrui ». C'est dire que la Convention prévoit, parmi les conflits possibles entre liberté d'expression et intérêts étatiques, un conflit « systémique » entre droits. Ce conflit est d'ailleurs inévitable si les droits sont placés au même niveau d'importance : quand la liberté d'expression se heurte au droit à un procès équitable, ou au droit à la vie privée, ou encore au droit à la réputation, il faut bien que la Cour *mette en balance* les deux droits concernés, comme elle le fait quand elle soupèse la liberté d'expression et d'autres buts légitimes, tels par exemple la sécurité nationale ou la préservation de l'ordre. Si une hiérarchie nette existait – comme on pourrait l'établir entre droits indérogeables et droits dérogeables (dans les circonstances exceptionnelles prévues par l'article 15) – il ne serait pas nécessaire de mettre les intérêts ou les droits en balance. Il existerait, pour utiliser la terminologie de John Rawls, une « règle de priorité » (*priority rule*) permettant de trancher¹⁰⁷. Quand elle n'existe pas (ou pas clairement), et que deux intérêts « tirent », pour ainsi dire, dans des sens opposés, la Cour doit nécessairement les mettre dans la balance : si l'ingérence est proportionnée au but, si elle est mesurée, la Cour décidera en faveur de l'Etat ; si elle est trop « lourde », disproportionnée, démesurée par rapport au but poursuivi, la Cour tranchera en faveur du requérant (je me situe, pour la clarté de l'exposé, dans l'hypothèse d'un recours individuel, et non d'une requête interétatique¹⁰⁸).

Encore faut-il ne pas trop vite accepter les arguments de la Cour quand elle utilise les deux tests situés en amont : celui de la légalité et celui du but légitime. En particulier, j'ai contesté la « déférence » dont la Cour, dans les affaires de blasphème étudiées plus haut, faisait preuve à l'égard de l'invocation des buts légitimes par les Etats. Ceux-ci, pour « faire passer la pilule », sont obligés de *construire* un intérêt légitime, c'est-à-dire de *traduire* un but illégitime au regard de la Convention (la répression du blasphème) en but légitime (le respect des « droits d'autrui »). Mais je ne m'engagerai pas trop loin dans la direction de cette critique : il n'est pas déraisonnable que cette juridiction internationale, qui « chatouille » les souverainetés des Etats, manifeste à la fois de l'audace et de la prudence. Elle a osé interpréter la Convention de manière dynamique et évolutive ; elle a élaboré des concepts autonomes en s'émancipant au moins partiellement des qualifications de droit interne ; elle a permis l'émergence d'une applicabilité « horizontale », entre particuliers, de certains droits¹⁰⁹ ; enfin, elle a quand même déclaré que les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent » sont protégés par la Convention (même si elle n'est pas montrée jusqu'ici assez fidèle à cet idéal, du moins en matière de blasphème). Mais il est vrai également que la théorie (prétorienne)

¹⁰⁶ Voir sur ce point VANDROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 79 sq. L'auteur écrit (p. 79) à propos du caractère « nécessaire dans une société démocratique », que cette exigence « est demeurée, dans un premier temps, à l'arrière-plan » du droit de la Convention européenne.

¹⁰⁷ Voir K. TERAYA, « Emerging hierarchy in international human rights and beyond: from the perspective of non-derogable rights », *EJIL* (2001), vol. 12, n°5, pp. 917-941. Sébastien VAN DROOGHENBROECK doute que l'on puisse régler le problème des limitations systémiques dans la Convention par l'établissement d'« une hiérarchie matérielle, générale et abstraite » entre droits et libertés garantis (*op. cit.*, p. 112). Même si on hiérarchise droits indérogeables et autres droits, *quid* d'un conflit *entre* droits indérogeables (*ibidem*) ou entre droits dérogeables ? Le recours à la méthode de la « balance » semble inévitable (*ibid.*, p. 114-116). Dans *A theory of Justice* (Harvard University Press, 1971), RAWLS écrit : « A serial ordering [une hiérarchie – GH] avoids... having to *balance* principles at all... » (p. 43; je souligne). Mais cet ordre ne semble pas se dégager de la jurisprudence de la Cour.

¹⁰⁸ Ces requêtes sont rares : treize dans l'histoire de la Convention, au moment où écrit R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 135.

¹⁰⁹ Voir, pour ces éléments, R. ERGEC, *Protection internationale et européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 120-128.

de la marge d'appréciation lui permet de reporter sur les Etats le poids de décisions parfois vitales pour les droits protégés, et en particulier la liberté d'expression. On peut comprendre d'un point de vue « politique » que la Cour éprouve des réticences à invalider des pans entiers de la législation des Etats. Mais elle devrait faire en sorte que cette prudence, respectable comme telle, ne la mène pas à accepter sans examen strict (*strict scrutiny*¹¹⁰) des constructions – des « traductions » – qui ne tiennent pas intellectuellement la route et risquent de la décrédibiliser. Je ne critique donc pas, en ce point de l'argumentation, le test de proportionnalité ou la balance des intérêts en tant que tels, mais leur usage illégitime. Autrement dit, j'adopte ici – peut-être provisoirement – une attitude que je qualifierais *grosso modo* de kantienne : j'examine le champ d'exercice légitime de la proportionnalité et je critique ce que Kant appellerait un usage « transcendant » du test, c'est-à-dire un usage qui dépasserait les limites de sa mise en oeuvre raisonnable.

La balance des intérêts dans la jurisprudence de la Cour suprême : bref cadrage problématique

Mais la réflexion doit porter plus loin. La balance des intérêts a une histoire, elle correspond à une tendance bien déterminée de la philosophie du droit, celle que l'on a appelée aux Etats-Unis la théorie sociologique du droit (*sociological jurisprudence*). Je dois, pour me faire comprendre ici, nécessairement brasser des considérations très générales. Dans les dernières années du XIXe siècle s'est développé dans la plupart des grands pays en cours d'industrialisation – notamment en Belgique, en France, en Allemagne et aux Etats-Unis – un mouvement de « révolte » contre le formalisme¹¹¹, c'est-à-dire contre une trop grande soumission du juge aux *paper rules*, aux « règles de papier »¹¹², aux normes législatives (ou constitutionnelles, réglementaires, etc.)¹¹³ et aux précédents de *common law*. L'une des forces impulsant un tel mouvement était constituée par la conscience de la modernisation rapide des sociétés, et la nécessité corrélative, pour les juges (et les administrateurs)¹¹⁴ de prendre des décisions novatrices, à la hauteur des exigences d'une société complexe. Au lieu de s'attacher servilement aux textes, le juge devait analyser la réalité et rendre des arrêts conformes à ce que Géný appelait la « nature des choses ». Il fallait, utilisant les sciences sociales naissantes, et d'abord la sociologie, découvrir les intérêts véritables en conflit, et trancher à partir de leur analyse objective. Certes, ce mouvement, dont le succès ne s'est pas démenti pendant plus d'un demi-siècle, était – et est toujours – très divers, et les difficultés philosophiques d'une

¹¹⁰ L'« examen strict » est le standard de contrôle judiciaire le plus élevé utilisé par la Cour suprême des Etats-Unis et les autres cours et tribunaux. Il est de rigueur quand un droit constitutionnel est en jeu, ou quand l'Etat utilise des « classifications suspectes » comme, par exemple, la race, lesquelles peuvent mener à un conflit avec la clause d'Egale Protection du XIVe Amendement. Notons que la « traduction » à laquelle se livre la Cour de Strasbourg en matière de blasphème est éminemment « suspecte ». Si je ne me trompe, elle ne fait pourtant d'ordinaire *pas* l'objet d'un examen strict.

¹¹¹ Voir O.W. HOLMES, « The Path of the Law » [1897], repris dans : O.W. HOLMES, *Collected Legal Papers*, New York, 1920. La définition du formalisme donnée par Thomas Grey est la suivante: “[L]egal theories that stress the importance of rationally uncontroversial reasoning in legal decision, whether from highly particular rules or quite abstract principles.” (T. GREY, *Langdell's Orthodoxy*, 45 *U. Pitt. L. Rev.* 1, 9 [1983] ; cité par ALEINIKOFF, art. cit., p. 949). Bref la forme (le caractère de droit valide, une règle édictée par une autorité habilitée à le faire) prime sur le contenu, que le juge ne peut créer ou modifier. Le formalisme est associé au primat de la « logique déductive », que récusé Holmes (ALEINIKOFF, art. cit., p. 955). Pound et Cardozo vont dans le même sens, mais ne rejettent pas la logique déductive dans de nombreux cas. Les *réalistes* (Frank, Llewellyn, etc.) iront plus loin que la génération précédente, celle de la *sociological jurisprudence* (Holmes, Pound, Brandeis, Cardozo, Frankfurter) et mettront en question, dans une perspective que l'on qualifierait aujourd'hui de « post-moderne », la logique déductive elle-même (ainsi que la sécurité juridique qu'elle implique).

¹¹² C'est une terminologie qui sera utilisée par le réaliste Karl LEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence. The Next Step », in *Jurisprudence. Realism in Theory and Action*, University of Chicago Press, 1962.

¹¹³ Géný dit la même chose : il parle du « fétichisme de la loi écrite et codifiée » et du « culte superstitieux [voué] à la volonté législative ». Mais sa position est complexe et a évolué (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1919, pp. 70 et 127-128, cité par FRYDMAN, *op. cit.*, p. 463).

¹¹⁴ Voir sur ce point B. IANCU, *Legislative delegation – a comparative analysis*, thèse de doctorat défendue à la Central European University de Budapest, 2005, en particulier le chapitre très éclairant intitulé “Administrative decision, legislative scope, and the growth of federal regulation”, pp. 170-200.

analyse « objective » des intérêts « réels » à mettre en « balance » sont immenses. Il reste que ce mouvement a conduit aux Etats-Unis à une transformation profonde (mais provisoire) du mode de raisonnement des juges dans différents domaines, notamment en droit constitutionnel.

C'est au tournant du XXe siècle qu'Oliver Wendell Holmes et Louis Brandeis, juges à la Cour suprême, mais aussi notamment le philosophe du droit Roscoe Pound, ont développé l'idée d'une « théorie sociologique du droit » (*sociological jurisprudence*). Cette théorie, dont – nous l'avons vu – le fer de lance était constitué, sur le plan de la décision judiciaire, par la balance des intérêts, posait des problèmes redoutables en matière de contentieux constitutionnel (*constitutional adjudication*). En effet, la mise en balance des intérêts par le juge dans d'autres domaines pouvait toujours être invalidée ultérieurement par le législateur : sur ce plan, la démocratie était donc préservée¹¹⁵. Il n'en allait évidemment pas de même en matière constitutionnelle : pour invalider une décision de la Cour suprême, une modification – nécessairement difficile – de la Constitution est nécessaire. Faut-il rappeler que les courants chrétiens évangéliques ont, pendant longtemps, tenté de faire voter un *Christian Amendment* déclarant que les Etats-Unis étaient une nation chrétienne¹¹⁶, pour invalider la jurisprudence de la Cour, considérée comme trop libérale en la matière ? Ils ont toujours échoué. Il n'empêche que, malgré ce danger évident d'activisme judiciaire, et à la limite de gouvernement des juges, la rhétorique de la balance des intérêts s'est progressivement frayé un chemin dans le raisonnement de la Cour suprême. Nous nous intéresserons essentiellement ici à ses effets sur la liberté d'expression, qui n'ont été véritablement marquants que durant les années 1950 et au début des années 1960.

Mais pour les comprendre, il est nécessaire de remonter en amont et de présenter très brièvement la manière dont la Cour raisonnait *avant* la montée en puissance de la théorie sociologique du droit et du test de la mise en balance. Au début du XXe siècle, à l'époque de la *Middle Republic*, qui va de la fin de la Guerre de Sécession en 1865 au début de l'ère Roosevelt (le *New Deal*) en 1933, la jurisprudence de la Cour fut marquée par le célèbre arrêt *Lochner v. New York* de 1905 (Holmes ayant émis une opinion dissidente). Cette décision est restée tristement célèbre par son caractère anti-social (elle a invalidé une loi limitant la durée du temps de travail) et a fini par incarner une époque avec laquelle l'administration Roosevelt a rompu au nom du *New Deal*, après un bras de fer très vigoureux avec la Cour. Mais c'est le mode de raisonnement qui nous intéresse ici. La théorie sociologique du droit était censée rompre avec le formalisme. Mais formalisme ne veut pas nécessairement dire littéralisme.

En fait, la Cour a, au début du XXe siècle, tenté, encore prudemment, d'élargir le champ des droits protégés par la Constitution. Comment s'y est-elle prise ? Après la Guerre de Sécession, le Congrès des Etats-Unis avait adopté le XIVe Amendement, qui garantissait notamment d'une part à toute personne l'égalité de protection des lois par les Etats (fédérés), et d'autre part qu'elle ne serait pas privée de la vie, de la liberté et de la propriété sans *due process of law* (que l'on peut traduire de façon assez lâche : « sans bases juridiques suffisantes ») par ces mêmes Etats. Ce qui distinguait le XIVe Amendement (ainsi que, par exemple, le XIIIe, abolissant l'esclavage) des précédents amendements, et en particulier des dix premiers, le *Bill of Rights*, adoptés en 1789 et entrés en vigueur après ratifications en 1791, c'était que ses dispositions étaient opposables aux Etats fédérés (et par extension aux pouvoirs locaux), alors que le *Bill of Rights* ne s'appliquait qu'à l'Etat fédéral. Dans la « première République » américaine, qui va de 1787 (adoption de la Constitution fédérale) à 1861 (début de la Guerre de Sécession), les dix premiers Amendements avaient été conçus comme des freins (*checks*) à la puissance redoutée de l'Etat fédéral. Le Premier Amendement, par exemple, n'était opposable qu'aux Etats-Unis et non aux entités fédérées, si bien que des Etats ont pu conserver pendant quelques décennies après 1791 une religion établie, alors que l'Etat fédéral ne pouvait pas en avoir. Ceci est aisément compréhensible si l'on garde à l'esprit le fait que les Etats-Unis sont nés d'une association très lâche des anciennes colonies anglaises, basée auparavant sur les

¹¹⁵ ALEINIKOFF, art. cit., p. 962.

¹¹⁶ Voir I. KRAMNICK et R.L. MOORE, *The godless Constitution*, New York, Norton & Company, 2005, pp. 131 sq. Et aussi : G. HAARSCHER, « Laïcité et espace public aux Etats-Unis et en Europe », *Actes du colloque organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de « La Pense et les Hommes »*, Bruxelles, Espaces de Libertés, 2006.

« Articles de Confédération », et que de nombreux Américains craignaient, en établissant un Etat fédéral (ce que les contraintes, notamment économiques et militaires, imposaient), la résurrection d'un exécutif tyrannique qui rappellerait la domination de l'Angleterre.

Tout change avec la Guerre de Sécession. Elle se solde par la victoire du Nord abolitionniste sur les Confédérés esclavagistes. Le nouvel ordre doit être imposé à tous les Etats, et en particulier bien sûr l'abolition de l'esclavage : c'est l'objet du XIII^e Amendement. Mais la naissance d'un ordre véritablement *national* résulte d'exigences supplémentaires : le XIV^e Amendement, voté avec beaucoup plus de difficultés quelques années plus tard, élargit la perspective et accroît (du moins potentiellement) les obligations des Etats fédérés à l'égard du « Centre », engagements surveillés par la Cour suprême, gardienne de la Constitution. L'égalité protection des lois dépassera, nous le savons rétrospectivement, largement la relation entre Blancs et Noirs. Mais au début, la Cour montre beaucoup de timidité à ce sujet : non seulement elle interprète la clause d'égalité protection du XIV^e Amendement comme se limitant aux droits des Noirs récemment émancipés, mais *elle interprète ces droits de façon très restrictive* : pas question de l'élargir, par exemple, aux relations sociales et de toucher aux principes intangibles de la liberté contractuelle, du droit de propriété et du « laisser-faire ». C'est ainsi que, dans le très célèbre arrêt *Plessy v. Ferguson* de 1896, elle cautionne la ségrégation dans les transports (et par extension dans les autres sphères de la vie sociale). Elle considère que l'égalité est compatible avec la séparation : *separate but equal* et déclare que l'égalité « politique » (l'égalité devant la loi imposée par le XIV^e Amendement) n'implique pas l'égalité sociale et le mélange des races. Notons qu'il s'agit en l'occurrence d'une « traduction », au sens où je l'ai appliquée, plus haut, à plusieurs problèmes : la ségrégation, c'est le refus explicite, par les Blancs du Sud, de vivre avec des anciens esclaves dont ils ont dû, *volens nolens*, accepter l'émancipation. Il s'agit de l'expression la plus claire qui soit du racisme ambiant. Les Noirs seront exclus des écoles, des wagons de train, etc., réservés aux Blancs. Or *Plessy*, un Noir qui avait dû évacuer un wagon réservé aux Blancs, considérait à juste titre qu'entre la clause d'égalité protection et la ségrégation sanctionnée par les Etats, il y avait contradiction. La Cour s'en sortit en mariant l'eau et le feu. On caractérisera sa solution par l'oxymore « séparés mais égaux » (*separate but equal*). Dès lors, la Cour aura « traduit » le langage du racisme dans celui de l'égalité et des droits de l'homme. Cette supercherie a été acceptée comme *good law* jusqu'à l'arrêt *Brown* de 1954 (Cour unanime), qui interdit la ségrégation dans l'enseignement, renverse explicitement *Plessy* et enclenche le grand mouvement de lutte contre les droits civiques.

Jusqu'ici, rien ne pose véritablement problème pour nous : la Constitution (son XIV^e Amendement) est considérée comme une *paper rule*, et la Cour s'y réfère dans un premier temps de façon très restrictive. Il n'est pas question d'une interprétation large du principe d'égalité (qui aurait pourtant été appelée par le caractère général de la clause), même dans les relations entre Blancs et Noirs. Mais la Cour ne va pas s'en tenir – toujours avant la « révolution » de la théorie sociologique du droit – au littéralisme. Elle va interpréter assez largement (mais dans un sens précis) l'autre clause importante du XIV^e Amendement, celle du *due process of law*. Une telle notion possède, dans l'histoire du droit constitutionnel américain, deux significations bien distinctes. D'une part, elle peut être comprise d'un point de vue *procédural* (*procedural due process*). C'est la lecture la moins problématique de la clause, même s'il a fallu attendre la période Warren-Burger de la Cour (1952-1986) pour que des avancées décisives soient enregistrées sur le plan de la procédure (en particulier le très important arrêt *Miranda*¹¹⁷). Dans ce sens, *due process of law* veut dire « procédure adéquate ». Mais il existe une seconde signification de la clause et de la notion, plus controversée : elle est alors comprise dans un sens *substantiel* (*substantial due process*). Il s'agit en l'occurrence de soutenir qu'une procédure adéquate et un procès « équitable » sont nécessaires mais non suffisants pour satisfaire au *due process*. Il existe encore des exigences « substantielles », relatives au contenu. Les Etats ne peuvent pas traiter comme ils le veulent la vie, la liberté et la propriété des personnes, même en respectant les critères formels. Si la loi prévoit que le voleur aura la main coupée, si elle est régulièrement votée et promulguée, si le voleur est régulièrement

¹¹⁷ L'arrêt *Miranda v. Arizona* (1966) impose qu'en matière criminelle les suspects soient informés de leurs droits de consulter un avocat et de ne pas s'auto-incriminer avant d'être interrogés par la police. Ce sont les fameux *Miranda rights*.

condamné et si la peine est exécutée en conséquence, les exigences de base du *procedural due process* auront été respectées. Mais si l'on adopte la philosophie politique de Locke dans le *Second Traité du gouvernement civil*, la perspective change : l'Etat, issu du contrat social, existe pour garantir la vie, la liberté et la propriété (triade que l'on retrouve exactement dans la clause du *due process*), et par conséquent quand le pouvoir est exercé pour des fins différentes (même en respectant strictement les procédures), il perd sa légitimité¹¹⁸. En ce sens, il existe des protections *substantielles* : l'Etat ne peut limiter la vie, la liberté et la propriété *que pour finalement mieux les garantir*. La philosophie du *due process* substantiel signifie que l'Etat ne peut priver les individus de la vie, de la liberté et de la propriété que de façon minimale, puisque ces idéaux sont à la base même de l'Etat libéral. Bien sûr, il faut interpréter une clause tellement générale : lire, « derrière » les notions textuellement énoncées de vie, liberté et propriété – dans leur « pénombre », dira le célèbre arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 – des droits fondamentaux plus précis, non explicitement « visibles ». En 1905, l'arrêt *Lochner v. New York* invalide une loi de l'Etat de New York qui limite la durée du travail dans les boulangeries. Le motif en est que la Cour lit, dans la clause du *due process*, « derrière » la liberté, la notion de liberté *contractuelle*, à laquelle la loi contreviendrait.

Evidemment, on n'a pas manqué de faire une lecture politique des décisions importantes de la Cour durant l'époque de la *Middle Republic* (1865-1933) : pour les Blancs, contre les Noirs, elle interprète très restrictivement la clause d'égalité de protection dans *Plessy* ; pour les patrons, contre les ouvriers, elle interprète largement – de façon « substantielle » – la clause du *due process*¹¹⁹. Mais je ne m'intéresse ici qu'à l'émergence du mode de raisonnement de la balance des intérêts. De ce point de vue, la Cour, dans *Plessy* et dans *Lochner*, se réfère aux *paper rules* de la Constitution, dans une interprétation étroite ou large selon la géométrie variable de ses préférences, diront les critiques « politiques ». Quelques années après *Lochner* cependant, dans *Müller v. Oregon* (1908), la Cour, bien qu'elle ne renverse pas sa jurisprudence (qui subsistera jusqu'à Roosevelt et au tournant radical que le *New Deal* imposera aux *Justices*), adopte déjà, sur les instances de l'avocat Louis Brandeis¹²⁰, un début d'approche réaliste, « sociologique », basée sur des enquêtes et des statistiques destinées à établir les intérêts en présence : sur cette base, elle confirmera la validité d'une loi limitant à dix heures la durée du travail des femmes, notamment dans les blanchisseries. Mais la jurisprudence « anti-sociale » reste dominante jusqu'à l'avènement du *New Deal* rooseveltien, quand les nouvelles politiques interventionnistes de l'Etat fédéral se heurtent au « lochnérisme » de la Cour. Or cette croissance de l'administration et des pouvoirs de l'exécutif fédéral s'appuiera sur des intellectuels acquis au *social engineering* (« ingénierie sociale ») promu par Roscoe Pound. Petit à petit, la méthode de la balance des intérêts réels en présence se substituera dans de nombreux domaines du contentieux à l'approche plus « classique » de la Cour

¹¹⁸ Cette philosophie politique ne se trouve pas explicitement dans la Constitution, bien que le lockéisme constitue l'une des sources de la pensée des Pères fondateurs, et que la Déclaration d'Indépendance de 1776 l'exprime très bien (« propriété » devient « droit à la recherche du bonheur » dans ce texte, pour des raisons que nous n'avons pas le temps de développer ici, mais la triade de Locke réapparaît telle quelle dans les Ve et XIVe Amendements) : « ... tous les hommes sont créés égaux ; ils sont dotés par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes *pour garantir ces droits*, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement... » (je souligne).

¹¹⁹ Dans son opinion dissidente de l'arrêt *Lochner*, le juge Holmes déclare que la Cour ne possède pas le mandat de se prononcer sur la base d'une philosophie de l'économie non partagée par une grande partie de la population (il cite la philosophie de Spencer). Holmes poursuit : "I think that the word 'liberty,' in the 14th Amendment, is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law. It does not need research to show that no such sweeping condemnation can be passed upon the statute before us. A reasonable man might think it a proper measure on the score of health. Men whom I certainly could not pronounce unreasonable would uphold it as a first instalment of a general regulation of the hours of work. Whether in the latter aspect it would be open to the charge of inequality I think it unnecessary to discuss." (*Lochner v. New York*).

¹²⁰ Il sera juge à la Cour suprême de 1916 à 1939. Il s'agit ici du fameux *Brandeis brief*.

de la *Middle Republic*. Les nécessités de la modernisation rooseveltienne n'en exigeaient pas moins¹²¹.

Balance des intérêts et liberté d'expression aux Etats-Unis

Il faudra cependant attendre les années 1950 pour que la balance des intérêts pénètre véritablement, essentiellement par le truchement du juge Frankfurter (nommé par Roosevelt en 1939¹²² et disciple du juge Holmes), le contentieux constitutionnel de la liberté d'expression. Bruce Ackerman, grand spécialiste de l'histoire constitutionnelle américaine, défend la thèse suivant laquelle la Cour suprême, après s'être de façon plus ou moins réticente soumise à la volonté des deux autres pouvoirs de l'Etat (*branches of government*), l'exécutif et le Congrès, dominés par les Démocrates « rooseveltiens », a réalisé qu'elle ne pouvait plus s'opposer à l'emprise de l'Etat fédéral et des Etats fédérés en se basant, comme elle l'avait fait auparavant, sur le droit de propriété, la liberté contractuelle et la défense du marché. Mais si l'Etat intervenait maintenant de façon beaucoup plus massive dans la sphère de l'économie, comment la Cour pourrait-elle éviter une « soviétisation » du système ? L'Etat n'interviendrait-il pas également de plus en plus dans les sphères, notamment, de la liberté politique, de la liberté religieuse ou des procédures judiciaires ? La Cour a alors, selon la lecture d'Ackerman, décidé d'accroître dans ces domaines les protections des droits individuels, pour contrebalancer sa perte (relative, mais effective) de contrôle sur l'interventionnisme étatique dans le domaine de la liberté économique¹²³. La voie du *substantive due process* restait ouverte, mais en dehors, bien entendu, de la sphère économique : *stricto sensu*, le « lochnérisme » était mort (encore que certains aient pu, dans les années 1980 sous l'administration Reagan, et même encore aujourd'hui sous l'administration Bush, pu accuser le pouvoir de « re-lochnérisme » rampante). Il faudra cependant attendre le milieu des années 1960 pour que cette nouvelle version, non lochnérienne, du *substantive due process*, développe tous ses effets (mais pas, cependant, dans le domaine de la liberté d'expression : nous verrons que la consolidation de cette dernière prendra une autre direction). La Cour construira un droit à la vie privée sur la base de la clause du *due process*, puis elle l'appliquera notamment à la contraception, à l'avortement et aux relations homosexuelles entre adultes consentants¹²⁴.

Outre la voie du *substantive due process*, que j'ai décrite rapidement puisqu'elle ne concerne pas directement la liberté d'expression, une autre voie était ouverte : celle dite de l'*incorporation* des droits (ou, selon une autre opinion, de certains droits) énoncés par le *Bill of Rights* dans le XIV^e Amendement via la clause du *due process*. Dans ce cas-ci, il n'était pas question de découvrir de nouveaux droits dans la « pénombre » de la clause (liberté contractuelle patronale ; contraception ; avortement ; droits des homosexuels), mais de *rendre opposables les (ou des) droits du Bill of Rights également aux Etats fédérés* (auxquels s'applique le XIV^e Amendement), et non plus seulement à l'Etat fédéral. Dans les années 1930, le juge Cardozo (c'est l'arrêt *Palko v. Connecticut*¹²⁵) avait déjà initié le mouvement en voyant dans la clause du *due process* un principe d'*ordered liberty*, dont on pouvait déduire la protection de certains droits du *Bill of Rights* par les

¹²¹ George CHRISTIE décrit très bien le processus de ralliement partiel des élites américaines à la conception réaliste du droit et à la balance des intérêts (*L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, trad. franç. de G. Haarscher, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 219 sq.).

¹²² Il siégera jusqu'en 1962.

¹²³ Voir B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, 1991, pp. 105-130, particulièrement la section très éclairante intitulée de façon significative "*From property to democracy*" (pp. 127-129).

¹²⁴ *Griswold v. Connecticut* (1965) ; *Roe v. Wade* (1973) ; *Lawrence v. Texas* (2003).

¹²⁵ Le juge Cardozo (qui siégera à la Cour suprême de 1932 à 1938), écrivant pour la majorité, disait notamment : "... the due process clause of the Fourteenth Amendment may make it unlawful for a state to abridge by its statutes the freedom of speech which the First Amendment safeguards against encroachment by the Congress ... or the like freedom of the press ..., or the free exercise of religion ..., or the right of peaceable assembly, without which speech would be unduly trammelled ..., or the right of one accused of crime to the benefit of counsel ... In these and other situations immunities that are valid as against the federal government by force of the specific ... pledges of particular amendments... have been found to be implicit in the concept of ordered liberty, and thus, through the Fourteenth Amendment, become valid as against the states." (*Palko v. Connecticut* [1937] ; je souligne).

Etats. Mais quinze ans plus tard, c'est à partir notamment de la question de l'incorporation que le débat relatif à la balance des intérêts prendra tout son sens. Pour présenter de façon simplifiée une controverse complexe, aux détours sinueux, disons seulement que deux juges à la Cour suprême s'opposent fermement, dans les années 1950 et au début des années 1960, à propos du sens et de l'extension du concept d'« incorporation ». Le juge Black est partisan d'une incorporation de l'ensemble des droits énoncés dans le *Bill of Rights*, de façon à les rendre opposables aux Etats, et par extension aux pouvoirs locaux. Le juge Frankfurter, qui cite souvent son maître Holmes, défend une incorporation partielle : seuls deviendront opposables aux Etats les droits dont la violation *choquerait la conscience*. Or comment définir la limite au-delà de laquelle une norme étatique deviendrait contraire aux impératifs de la conscience, c'est-à-dire de la morale ? Par une *balance des intérêts* en présence. Si l'intérêt étatique pèse « plus lourd » dans une espèce que le droit invoqué, la législation ou la réglementation sera considérée comme conforme à la Constitution. Dans le cas contraire, si la « conscience » est « choquée », elle sera invalidée. Le juge Black ne récuse pas toute idée de mise en balance – il dit plutôt que cette dernière constitue une prérogative du pouvoir constituant : les Pères fondateurs ont, dit-il, fait tout le *balancing* nécessaire, en relativisant certains droits (le IV^e Amendement, par exemple, interdit les saisies et perquisitions *déraisonnables*, ce qui implique évidemment qu'il en existe de raisonnables) et en en déclarant d'autres absolus (comme ceux du Premier Amendement : *Congress shall make no law*). Le juge Frankfurter lutte pour sa part sur deux fronts. Il veut éviter le formalisme et donc juger en fonction des intérêts sociaux actuels en présence, mais il se montre également sensible au risque de subjectivité de la décision, voire de gouvernement des juges. C'est pourquoi il manifeste une certaine « déférence » à l'égard du pouvoir législatif et de la mise en balance des intérêts qui a lieu à ce niveau. On remarquera que cette soumission à une instance « autre » va, si l'on stylise l'argument pour les besoins de la pédagogie, exactement dans le sens opposé à la déférence souhaitée par le juge Black : ce dernier demande que l'on n'affaiblisse pas les droits définis par les rédacteurs du *Bill of Rights* et qu'on ne mette pas leur protection en balance avec d'autres intérêts que ceux que la Constitution définit. Il peut donc se montrer très sévère à l'égard du *balancing*, qu'il soit d'origine législative (fédérale, étatique, locale) ou judiciaire. Nous allons voir cette opposition mise en œuvre dans un certain nombre de décisions importantes relatives à la liberté d'expression, notamment dans le sillage du maccarthysme triomphant. Le juge Black adopte donc une position progressiste à l'époque où le *balancing* domine le raisonnement des *Justices* (il appartient au quatuor régulièrement dissident dans les arrêts « répressifs » de la Cour : le président Warren, les juges Brennan, Douglas... et Black). Sa philosophie est celle d'un *strict constructiviste* : tout le *Bill of Rights*, mais rien que le *Bill of Rights*. En d'autres termes, Black veut construire (interpréter) de façon exhaustive (dans la mesure du possible) *mais étroite* les garanties constitutionnelles. Il n'est pas question de *retrancher* des droits, comme le *balancing* peut, nous le savons, y inviter. Mais il ne faut pas non plus, dans son esprit, tenter de « trouver » dans la Constitution des droits qui n'y seraient pas littéralement inscrits. De là sa divergence avec la jurisprudence progressiste de la Cour quand, dans les années 60 (particulièrement dans le célèbre arrêt *Griswold v. Connecticut*), elle ressuscite le mode de raisonnement basé sur l'idée de *substantive due process* : il ne peut accepter qu'un droit à la vie privée, non présent dans le texte même de la Constitution et de ses Amendements, soit construit *largement*, défini comme appartenant à la « pénombre » du *due process*. C'est ici, en quelque sorte, que se séparent les chemins respectifs des juges Brennan et Black (ce dernier quittera la Cour en 1971). Le premier, après avoir fait cause commune avec Black contre les décisions les plus répressives de l'ère du *balancing*, défendra une extension des droits protégés par la Constitution : du droit à la vie privée découleraient notamment le droit à la contraception et le droit à l'avortement. Black, craignant une autre forme de gouvernement des juges, ne suivra pas certains de ses collègues sur ce terrain.

En réalité, au-delà des controverses entre juges, ce sont des problèmes de philosophie du droit et de raisonnement judiciaire qui sont ici en jeu. Black récuse essentiellement tout recours au *droit naturel*. Son positivisme constitutionnaliste lui permet de dénoncer à la fois la dilution des protections que permet la flexibilité et (souvent) l'imprévisibilité de la méthode de la mise en balance des intérêts, *et* leur renforcement ou leur extension au-delà du prescrit constitutionnel. On notera de ce point de vue que la symétrie entre le *balancing* et le *substantive due process* n'est pas

parfaite : on ne peut simplement soutenir que le premier mode de raisonnement affaiblit les droits, tandis que le second les renforce. D'abord, tout dépend de l'interprétation que l'on donne de la thèse du *substantive due process* : nous avons vu qu'à l'époque de l'arrêt *Lochner* (1905), cette notion avait servi à renforcer la liberté contractuelle, et donc à *affaiblir les droits sociaux*¹²⁶. Certes, à partir des années 1960, elle n'est plus utilisée pour absolutiser la liberté de contracter (et le droit de propriété qui lui est intrinsèquement lié) – entreprise devenue très difficile depuis le *New Deal*, et que seul Reagan tentera, avec un succès mitigé, de reprendre sur nouveaux frais. Elle sert cette fois à renforcer les libertés personnelles « déduites » de la notion (largement construite) de droit à la vie privée. Bref – et Black reprend ici une critique classique du jusnaturalisme –, tout dépend du contenu donné aux normes que l'on prétend découvrir dans la « pénombre » du droit positif. Elles peuvent se révéler progressistes (ère *Griswold*) ou « réactionnaires » (ère *Lochner*).

Mais de l'autre côté du tableau, la situation est également moins tranchée qu'on n'aurait pu le croire à première vue. La mise en balance des intérêts n'est *pas toujours* synonyme de décisions liberticides, ou en tout cas de « dilution » des protections, ramenées à des intérêts que l'on soupèse face à d'autres intérêts, sans hiérarchie nette. Nous l'avons déjà souligné : la mise en balance des intérêts (en Europe : le test de proportionnalité) peut mener à des décisions dans les deux sens, et on ne sait jamais très bien à l'avance – à cause du caractère *ad hoc*, casuistique, du raisonnement – si la « pièce » roulera d'un côté ou de l'autre. Cette ambiguïté et cette incertitude apparaissent dans le test défini par Frankfurter : il faut selon lui incorporer les droits du *Bill of Rights* dont la violation, dans un cas donné, *choquerait la conscience*. En fait – le célèbre arrêt *Rochin v. California*¹²⁷ le montre bien –, dans la mesure où la « conscience » constitue une notion à contenu juridiquement indéterminé (c'est même une incarnation du droit naturel), elle peut aussi bien faire pencher la décision dans un sens répressif que dans un sens libéral. D'ailleurs, d'une certaine manière, les notions de « pénombre » (*Griswold*) et de « conscience » sont proches, ce qui fait que la doctrine a pu considérer l'arrêt *Rochin* aussi bien comme un exemple de *balancing* que de *substantive due process*. Il est vrai que le *substantive due process* mène quasi naturellement à une extension de *certain*s droits (on voit, derrière le texte, *plus* que ce qu'il contient littéralement), même si celle-ci signifie parfois l'affaiblissement d'autres droits (*Lochner* : le renforcement de la liberté contractuelle implique un affaiblissement des droits sociaux ; *Griswold* : le renforcement du droit à la vie privée pourrait mener à un affaiblissement de la liberté d'expression ; les Eglises : la défense du droit à la vie du fœtus affaiblit les droits de la femme). Le *balancing*, pour sa part, apparaît beaucoup plus ouvert et indéterminé. Mais il est vrai qu'à l'époque où ce mode de raisonnement était dominant, il a souvent mené à des décisions répressives « diluant » les protections. C'est ce que je vais rapidement montrer pour le problème de la liberté d'expression.

La Cour suprême n'a véritablement commencé à contrôler les limitations de la liberté d'expression que dans les premières décennies du XXe siècle. Encore ne prenait-elle au début en considération que les actions de l'Etat fédéral, puisque la clause de *free speech* du Premier Amendement ne serait incorporée dans le Quatorzième, et donc opposable aux autres pouvoirs publics, qu'à partir de l'arrêt *Gitlow* de 1925, sur lequel nous reviendrons. A la fin de la Première Guerre mondiale, la Cour suprême s'est penchée sur des cas de condamnation pour raisons politiques : propagande en faveur du refus de participation à la guerre, ou pour le socialisme et le communisme, impliquant parfois l'idée d'un renversement violent du gouvernement démocratique, tel que le prévoient les théories marxistes-léninistes ou anarchistes. Dans *Schenck v. United States* (1919), arrêt concernant une condamnation, sur la base de la Loi sur l'Espionnage de 1917, pour tentative d'entraver le recrutement en distribuant des tracts contre la guerre, le juge Holmes formule pour la première fois le test du « danger clair et présent » (*clear and present danger*). Mais ce test est d'abord utilisé dans un sens répressif : la condamnation est confirmée par la Cour. Celle-ci considère que la distribution des tracts a tendance à affaiblir les Etats-Unis dans leur effort de

¹²⁶ Le « droit naturel » peut aussi soutenir les prétentions réactionnaires des Eglises.

¹²⁷ Arrêt de 1953. Rochin, au moment où des policiers entraient dans son appartement sans mandat, avait avalé deux capsules de morphine qui furent récupérées de force à l'hôpital, puis utilisées comme preuve de violation d'une loi californienne relative aux drogues. Le juge Frankfurter, écrivant pour la Cour (8-0), considéra que cette extraction forcée *choquait la conscience*.

guerre, et que, par conséquent, le discours n'est pas protégé par le Premier Amendement. On pourrait donc soutenir que dans ce cas-ci, quand l'intérêt national est en jeu, la Cour se livre déjà à une sorte de mise en balance des intérêts : elle fait prévaloir la sécurité du pays sur la liberté d'expression. Il est important de noter que les conséquences néfastes supputées (l'affaiblissement de l'Amérique en guerre) sont assez hypothétiques, et qu'entre la distribution de tracts et une armée désorganisée, il y a de la marge. Depuis 1907, la Cour avait utilisé le test de la *bad tendency*, permettant de limiter le discours qui aurait tendance à causer ou inciter à la commission d'une illégalité. Dans *Schenck*, le nouveau test, celui du *clear and present danger*¹²⁸, n'a pas encore produit ses effets « libéraux » et ne marque pas une vraie rupture par rapport à la doctrine de la *bad tendency*. Ce sera le cas par la suite.

Une telle mise en balance des intérêts est évidemment plus plaidable en temps de guerre qu'en temps de paix : c'est quand le pays est menacé que l'intérêt national prend un poids décisif (pour continuer à filer la métaphore de la balance). La Cour fera de même ultérieurement : durant la Deuxième Guerre mondiale, le fameux arrêt *Korematsu*, rédigé par le juge Black – phénomène remarquable étant donné sa conception « absolutiste » du premier Amendement –, valide le déplacement forcé d'une partie importante (plus de 100.000 personnes) de la population d'origine japonaise dans des camps situés à l'intérieur du pays¹²⁹ ; et tout récemment, dans le cadre de la « guerre au terrorisme », le célèbre arrêt *Hamdi* (2004) justifie, à propos du traitement des « combattants ennemis », une certaine mise en balance des intérêts (les prisonniers ont selon la Cour plus de droits que le gouvernement ne veut leur en accorder, mais moins de droits qu'en circonstances normales, pour ne pas désorganiser l'armée¹³⁰).

Dans *Abrams v. United States* (1919), Holmes et Brandeis émettent une opinion dissidente à propos de la condamnation, confirmée par la majorité de la Cour, de sept anarchistes étrangers ayant distribué le même type de littérature que dans l'affaire *Schenck*. Pour eux, il n'y a pas de « danger clair et présent » : ils dissocient désormais ce dernier test de la théorie de la « mauvaise tendance », utilisée par la majorité¹³¹. Dans *Gitlow v. New York* (1925)¹³², la Cour confirme la condamnation d'un socialiste pour défense du renversement violent du gouvernement, sans prouver l'existence d'un danger immédiat pour la sécurité nationale. Elle parle à nouveau de la « tendance naturelle et [de l']effet probable » du discours. C'est l'époque de la « peur des Rouges », durant laquelle de nombreux communistes et socialistes sont condamnés sur la base des lois sur l'Espionnage (1917) et sur la Sédition (1918). Le test du « danger clair et présent » est utilisé par la majorité et par la minorité : Holmes, dans son opinion dissidente, déclare qu'il n'y a *pas* de *clear*

¹²⁸ “The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.” (*Schenck v. United States*). C'est dans cet arrêt que Holmes dit : “The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic.” Mais on remarquera que cet exemple implique une conséquence néfaste immédiate sur le plan de la réalité, ce qui n'est pas le cas des tracts pacifistes. Holmes changera sa position sur ce point par la suite.

¹²⁹ “In doing so, we are not unmindful of the hardships imposed by it upon a large group of American citizens. But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships. All citizens alike, both in and out of uniform, feel the impact of war in greater or lesser measure. Citizenship has its responsibilities as well as its privileges, and in time of war the burden is always heavier. Compulsory exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direst emergency and peril, is inconsistent with our basic governmental institutions. But when under conditions of modern warfare our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger.” (*Korematsu v. United States* [1944]. Je souligne. Le juge Black, qui s'opposera de la façon la plus nette dans les années 50 et 60 à l'utilisation de l'argument de la balance des intérêts en temps de paix, l'admet en temps de guerre et dans les circonstances exceptionnelles).

¹³⁰ Voir, pour l'analyse de cet arrêt, G. HAARSCHER, “Balancing security and freedom in an age of terror”, in D. MAHNCKE & J. MONAR (éds.), *International terrorism. A European response to a global threat?*, Bruxelles, Pieter Lang, College of Europe Studies, pp. 140 sq.

¹³¹ “The *tendency* of the articles and their efficacy were enough for the offense...” (*Abrams v. United States*, opinion majoritaire, je souligne).

¹³² C'est dans cet arrêt, pourtant “répressif”, que la Cour *incorpore* la protection de la liberté d'expression dans le XIV^e Amendement.

and present danger, parce que l'insurrection prônée est repoussée dans « une période indéterminée du futur ». Dans cette opinion minoritaire, le test acquiert la signification « libérale » qui le rendra célèbre. Rappelons que c'est également dans *Gitlow* que la Cour déclare la liberté d'expression opposable aux Etats et aux pouvoirs locaux. Dans *Whitney v. California* (1927), la Cour confirme la condamnation d'un syndicaliste parce que son organisation défend la commission d'actes illégaux. Le juge Brandeis reformule alors le test du « danger clair et présent » : il distingue la défense intellectuelle (*advocacy*) d'un acte illégal et l'incitation (*incitement*) à le commettre¹³³. La majorité de la Cour commence à adopter le test de Holmes et Brandeis, finissant par l'endosser explicitement dans *Thornhill v. Alabama* (1940), qui invalide une loi contre les piquets de grève, parce qu'il n'existe « pas de danger clair et présent de destruction de la vie ou de la propriété, ou de rupture de la paix que l'on pourrait considérer inhérent » à cette action, qui relève du discours. Le test est alors utilisé par la Cour dans de nombreuses affaires. Mais nous sommes à l'époque rooseveltienne, quand – selon la lecture d'Ackerman synthétisée plus haut – la Cour substitue progressivement à une protection de l'individu par la propriété et la liberté contractuelle, une protection de la libre activité démocratique. Holmes gagne donc *post mortem*, mais, comme nous allons le voir, provisoirement seulement.

En effet, dans *Dennis v. United States* (1951), la Cour affirme la constitutionnalité de la loi Smith (*Smith Act*) de 1940, qui proscrivait la défense (*advocacy*) du renversement des Etats-Unis par la force et la violence, et confirme les condamnations prononcées sur cette base. Dans cet arrêt, la Cour reformule dans un sens moins libéral le test de Holmes et Brandeis, qu'elle avait appliqué les années précédentes. Le président de la Cour, Fred Vinson, déclare que cette « expression abrégée [le *clear and present danger* – GH] ne doit pas être cristallisée en une règle rigide pour être appliquée de façon inflexible sans considération des circonstances de chaque cas. » C'est un concept relatif. Il ajoute que, dans de nombreux cas où le test avait été utilisé par la Cour, « l'intérêt que l'Etat s'efforçait de protéger était lui-même trop dépourvu de substance (*too insubstantial*) pour justifier une restriction du discours. » Vinson ajoute qu'en l'espèce, la perspective d'un renversement violent du gouvernement constitue un intérêt suffisant permettant à l'Etat de restreindre la liberté d'expression. En luttant contre cette menace, l'Etat ne doit pas attendre que le putsch soit imminent. Le juge Learned Hand écrit (opinion majoritaire) : « Dans chaque cas, [les cours et tribunaux] doivent se demander si la gravité du 'mal', diminuée par son caractère improbable, justifie une ingérence dans la liberté d'expression qui se révèle nécessaire pour éviter le danger. » On voit donc ici de façon très explicite comment *le langage de la mise en balance des intérêts remplace celui du danger clair et présent* : il ne faut pas « cristalliser » un test en « règle rigide » (je dirais : en *paper rule*, jurisprudentielle en l'occurrence). Il est nécessaire de tenir compte des « circonstances de chaque cas ». De plus, le président Vinson réinterprète en termes de mise en balance des intérêts les décisions passées de la Cour, basées sur le test du danger clair et présent : le *Chief Justice* écrit que, quand le test a été appliqué, c'était parce que l'intérêt étatique était *too insubstantial*. Et le juge Learned Hand formule quant à lui le test de la « balance » de la façon la plus explicite qui soit : il faut mettre sur les plateaux d'une part la gravité du mal et sa probabilité, de l'autre la liberté d'expression. Les protections du Premier Amendement semblent au moins tendanciellement réductibles à des « intérêts » à soupeser. Dans un arrêt rendu un an avant *Dennis* (*American Communications Ass'n v. Douds* [1950]), la Cour confirme la validité d'une loi refusant l'accession au Conseil national des Relations de Travail à tout syndicat dont l'un des dirigeants aurait refusé d'affirmer sous serment qu'il n'appartenait pas au Parti communiste. Le juge Vinson rejette l'application du test du danger clair et présent et écrit : « Quand une conduite particulière est réglemantée dans l'intérêt de l'ordre public, et que cette réglemantation a pour conséquence une limitation indirecte, conditionnelle et partielle de l'expression, le devoir des cours et tribunaux consiste à déterminer *lequel de ces deux intérêts en conflit requiert la plus grande protection dans les circonstances particulières présentes.* » (Je souligne). C'est un véritable manifeste en faveur de l'*ad hoc balancing*, ou de ce que l'on appellera en Europe, vingt-cinq ans

¹³³ «In order to support a finding of clear and present danger it must be shown either that immediate serious violence was to be expected or was advocated, or that the past conduct furnished reason to believe that such advocacy was then contemplated.» (*Whitney v. California*, opinion du juge Brandeis. Cette opinion est techniquement une opinion concordante, mais c'est en fait une opinion dissidente).

plus tard, le test de proportionnalité. Mais l'Amérique et l'Europe vivent sur ce plan des temporalités décalées : au moment où, notamment, la Cour européenne des droits de l'homme adoptera le test de la mise en balance des intérêts, celui-ci sera tombé en discrédit dans la jurisprudence de la Cour suprême.

Les positions du juge Frankfurter vont, nous le savons déjà, dans le même sens. Dans l'arrêt *Dennis*, il écrit : « Les exigences de la liberté d'expression dans une société démocratique, de même que l'intérêt lié à la sécurité nationale, sont mieux servis par *une mise en balance (weighing – un « soupesage ») sincère et informée des intérêts concurrents...* que par l'annonce de dogmes trop inflexibles pour la résolution de problèmes non-euclidiens. »¹³⁴ C'est dans cette opinion qu'il cherche à éviter l'activisme judiciaire en manifestant une grande « déférence » à l'égard du *balancing* opéré par le Congrès. Il est intéressant de souligner ici le caractère problématique de la fidélité de Frankfurter aux positions de son maître Holmes, qu'il révérait. Ce dernier avait développé une philosophie pragmatique et relativiste, qui sera par la suite bien adaptée à l'idée de la mise en balance des intérêts. Il s'opposait à l'idée de *substantive due process*, du moins dans sa version « lochnérienne », basée sur l'idée de la liberté contractuelle. Mort en 1932, il ne put connaître les développements modernes, par les Cours Warren et Burger, de cette notion, quand elle fut utilisée pour étendre les libertés personnelles via la construction d'un droit à la vie privée. Le *substantive due process* était trop lié au droit naturel pour pouvoir convenir à la philosophie pragmatique de Holmes. Ce dernier ne conservait de catégoriquement inconstitutionnel que ce qui était radicalement inacceptable, c'est-à-dire ce qui, disait-il, le faisait « vomir » (*puke*)¹³⁵. On retrouve dans la référence de Frankfurter à ce qui « choque la conscience » une idée proche. Mais elle a pu être utilisée, dans les années 1950 et au début des années 1960, de façon restrictive, comme si, justement, le fait de limiter l'« intérêt » à la liberté d'expression par l'intérêt à la sécurité nationale (la lutte contre l'Union soviétique et le communisme) n'inquiétait pas la « conscience ». C'est bien sûr là que se démontre le mieux le caractère subjectif d'un tel test, dépendant du niveau de gravité perçue de la mesure contestée devant la Cour. D'ailleurs, le juge Frankfurter l'a formulé dans un arrêt dont nous avons parlé plus haut, qui ne concernait pas la liberté d'expression, mais l'acceptabilité de l'« extorsion » par la police de certaines preuves (*Rochin v. California* [1952]). Serait-ce à dire que les limitations de la liberté d'expression au nom de la lutte contre le totalitarisme communiste ayant prétendument infiltré certaines élites américaines étaient moins « choquantes » que certains excès policiers ? C'est évidemment possible, mais nous manquons typiquement ici d'une échelle de valeurs qui nous permettrait d'éviter l'arbitraire.

Or Holmes, dès *Abrams v. United States*, avait considéré que la démocratie n'était pas viable en l'absence d'un libre marché des idées (*marketplace of ideas*)¹³⁶. Il est d'ailleurs piquant de constater qu'il refusait l'argument de *substantive due process* consistant à donner un poids majeur à la liberté contractuelle (donc au marché « réel »), mais qu'il conférait une signification décisive au marché *métaphorique* de la libre discussion, anticipant dès lors le tournant « rooseveltien » de la Cour. De la dissidence dans *Lochner* à la dissidence dans *Abrams* : d'une protection économique à une protection démocratico-politique de l'individu ? C'est, nous l'avons vu, la thèse générale d'Ackerman. Dans cette perspective, Holmes limite de plus en plus l'intervention légitime de l'Etat (de tous les pouvoirs publics à partir de *Gitlow*) dans la sphère de la liberté d'expression à l'existence d'un danger clair et présent défini de façon de plus en plus restrictive : le lien entre le discours et le comportement à prohiber devient de plus en plus court. Mais son disciple Frankfurter,

¹³⁴ *Dennis v. United States*, opinion concordante du juge Frankfurter. Je souligne.

¹³⁵ Voir Mark DeWolfe Howe (éd.), *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916-1935* (avec un avant-propos de Felix Frankfurter), Harvard University Press, 1953, p. 188.

¹³⁶ «Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition...But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by *free trade in ideas*—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted *in the competition of the market*, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution.» (*Abrams v. United States* [1919], opinion dissidente du juge Holmes; je souligne).

avec la majorité des *Justices*, le « rallonge » considérablement au cours des années 1950 en utilisant l'argument de la mise en balance des intérêts. La plupart des arrêts répressifs de ces années dites d'après-« *Dennis* » sont rendus par une majorité à laquelle Frankfurter appartient, un groupe de quatre juges émettant de façon quasi systématique des opinions dissidentes : le président Warren, le très « libéral » juge Brennan, les juges Black et Douglas. Cette logique apparaît de la façon la plus flagrante avec l'arrêt *Konigsberg v. State Bar of California* (1961), pris contre l'opinion des quatre mêmes juges. Dans cette affaire, un candidat à l'admission au barreau avait déclaré qu'il ne croyait pas dans le renversement violent du gouvernement démocratique, mais il avait refusé de répondre aux questions relatives à son appartenance éventuelle au Parti communiste. Le juge Harlan, écrivant pour la majorité, déclarait que les libertés d'expression et d'association n'étaient « pas des absolus », et qu'il fallait « soupeser les intérêts étatiques impliqués ». L'intérêt incarné par le Premier Amendement était limité parce que, dans les circonstances de l'espèce, le dévoilement obligatoire de l'information (relative à l'appartenance au Parti communiste) avait « un effet minimal sur la liberté d'association ». A ce raisonnement mettant en œuvre la mise en balance des intérêts, le juge Black avait répondu par une analyse restée célèbre : « Je pense que le commandement sans équivoque du Premier Amendement, selon lequel il n'y aura pas de limitation (*abridgment*) des droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion, montre que les hommes qui ont rédigé notre Charte des Droits (*Bill of Rights*) ont fait toute la 'mise en balance' qui était nécessaire dans ce domaine... [L]'objet véritable de l'adoption du Premier Amendement, de même que les autres dispositions de la Charte des Droits, consistait à placer les libertés qui y étaient protégées complètement en dehors de toute tentative de contrôle par le Congrès via l'exercice, précisément, des pouvoirs qui sont maintenant utilisés pour 'mettre en balance' la Charte des Droits en la privant de réalité (*to « balance » the Bill of Rights out of existence*) ».

Progressivement, les positions plus protectrices adoptées par les juges dissidents devinrent majoritaires. En 1969, quand Frankfurter avait quitté la Cour, l'arrêt *Brandenburg v. Ohio* en revint à un test très proche de l'ancien « danger clair et présent ». La décision invalidait une condamnation sur la base d'une loi interdisant la défense intellectuelle (*advocacy*) de moyens criminels ou terroristes utilisés pour réaliser une transformation politique. La doctrine de l'époque, développée dans les affaires liées au Parti communiste, considérait que la « simple » défense intellectuelle était protégée par le Premier Amendement, mais que ce n'était pas le cas d'un appel à la prise de pouvoir violente, même envisagée dans un futur lointain. La Cour, par une formulation restée célèbre et constituant toujours du droit valide, déclara que « les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression et de la liberté de la presse ne permettent pas à un Etat d'interdire ou de proscrire la défense intellectuelle de l'usage de la force ou du non-respect du droit, sauf quand une telle défense vise à *inciter ou à produire une action illégale imminente, et incitera ou produira probablement une telle action.* »¹³⁷.

L'ère du *balancing* était désormais close, du moins dans la jurisprudence de la Cour suprême relative à la liberté d'expression. Cette dernière avait déjà été consolidée, notamment par l'arrêt *New York Times v. Sullivan* de 1963, lequel rendait très difficile pour un membre du gouvernement *sensu lato* (*a public official*) d'obtenir réparation pour propos diffamatoires. Cette décision protégeait de façon très efficace la liberté de la presse. D'autres suivraient, relatives notamment aux propos racistes et à la liberté d'expression confrontée aux exigences du droit à la vie privée. Une analyse plus détaillée de ces avancées décisives dépasserait le cadre de notre propos, mais un élément doit être d'emblée souligné : en matière de blasphème, la Cour avait, nous le savons, adopté dans l'arrêt *Burstyn v. New York* (1952), donc à l'époque où dominait le raisonnement basé sur la mise en balance des intérêts, une position de principe particulièrement nette : « [L]'Etat n'a pas d'intérêt légitime suffisant à protéger une des religions, ou toutes les religions, de conceptions qui leur seraient répugnantes. » Le *balancing*, à l'époque de la chasse au communisme et dans le sillage du maccarthysme, avait souvent fait régresser la liberté d'expression en deçà des positions qui avaient été développées jadis dans les opinions dissidentes de Holmes et Brandeis, puis dans les opinions majoritaires de la Cour. Mais cette régression fut contemporaine d'une avancée sur le plan

¹³⁷ *Brandenburg v. Ohio* [1969]. Opinion unanime de la Cour. Opinions convergentes des juges Black et Douglas. Je souligne.

du discours « blasphématoire », qui échappera désormais de façon décisive à toute tentative de mise en balance au nom d'autres intérêts, en particulier les sensibilités religieuses qui pourraient être heurtées par des offenses « gratuites ». Mais si cette cause semblait entendue dès le début des années 1950, rendant sans doute impensable un arrêt *Otto-Preminger* à l'américaine, il n'en allait pas de même du discours politique. Aujourd'hui, ce dernier bénéficie d'une protection remarquable, mais le parcours par lequel a été obtenue cette « victoire » s'est révélé beaucoup plus long et sinueux que celui par lequel les individus se sont émancipés de toute censure d'ordre religieux. Quant aux propos racistes, la Cour a semblé, l'année même où était rendu l'arrêt *Burstyn*, vouloir accepter leur criminalisation dans l'arrêt *Beauharnais v. Illinois* (1952)¹³⁸. Sans avoir jamais été formellement invalidée, cette doctrine du *hate speech* a été totalement abandonnée par la Cour, comme le montre l'arrêt *Virginia v. Black* (2003) analysé précédemment. Et entre les arrêts de 1952 et de 2003 se situe l'affaire « Skokie », dont j'ai rappelé plus haut les tenants et aboutissants.

Bref retour sur le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg

Il nous faut maintenant, parallèlement à l'analyse du *balancing* dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, présenter de façon plus approfondie la *success story* controversée du principe de proportionnalité en Europe, et particulièrement dans le raisonnement des juges de Strasbourg. J'ai déjà noté que la montée en puissance de ce « test » datait de la fin des années 1970, c'est-à-dire d'une époque à laquelle son homologue américain était tombé en discrédit dans la jurisprudence de la Cour suprême relative à la liberté d'expression. Mais peut-on d'abord identifier purement et simplement le *balancing* et la proportionnalité ? Comment définir cette dernière de façon rigoureuse ? En Allemagne fédérale, le principe de proportionnalité ne se trouve pas dans la Constitution, mais la Cour constitutionnelle considère qu'il dérive de la notion d'Etat de droit et de la nature des droits fondamentaux. Il se décompose en trois exigences distinctes. Tout d'abord la *Geeignetheit* : la mesure limitative du droit en question doit être appropriée au but fixé, c'est-à-dire capable de protéger effectivement l'intérêt légitime concerné. Ensuite l'*Erforderlichkeit* : la mesure ne doit pas être indûment restrictive des droits en cause, au-delà de ce qui est « nécessaire ». On notera que, dans le texte même de la Convention européenne des droits de l'homme, il est question, justement, de « nécessité dans une société démocratique ». Ces deux exigences peuvent être dites empiriques ou descriptives : un expert, qui n'a pas besoin d'être d'accord avec la mesure, pourrait décider si oui ou non elle est adéquate au but recherché et s'il n'en existe pas d'autres, moins dommageables pour le droit concerné. Enfin, la troisième exigence est, elle, normative, ou, si l'on veut, axiologique : il s'agit de savoir si, même dans le cas où une mesure apparaît appropriée et nécessaire, le « coût » pour le droit en cause et pour l'intérêt général ne se révèle pas trop élevé. Cette exigence requiert bien entendu un jugement de valeur, et on quitte dès lors le domaine de l'expertise neutre. La signification même de la « société démocratique » est ici en question. On parle dans ce cas de proportionnalité *stricto sensu* : la mesure constitue un moyen approprié de réalisation du but (*Geeignetheit*), il n'y en a pas de moins limitative du droit protégé (*Erforderlichkeit*), et pourtant cette limitation apparaît inacceptable. Le cas doit certes être rare, mais il fait intellectuellement sens : dans cette situation, la proportionnalité *sensu stricto* constitue une condition « autonome », et « on peut ... imaginer une mesure 'nécessaire', car seule apte à la réalisation du but visé, et pourtant disproportionnée parce qu'atteignant dans sa 'substance même' le droit en cause. »¹³⁹

Evidemment, une chose consiste à définir de façon rigoureuse des critères précis, une autre à se demander si une juridiction les met en œuvre de façon systématique. Comment la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle abordé cette question ? Dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* de 1976, auquel nous avons déjà fait référence à propos du célèbre passage sur les

¹³⁸ Voir *supra*.

¹³⁹ M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. PETTITI *et alii*, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 66 n. 2.

propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent », la Cour pose trois conditions à la limitation des droits garantis par les articles 8 à 11 de la Convention : un « besoin social impérieux », la « proportionnalité » et des motifs « pertinents et suffisants »¹⁴⁰. (Les notions de « balance » et d'« équilibre » sont également mentionnées). Ces trois conditions sont reprises dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981). Dans *Loed c. Royaume-Uni* (1998), l'exigence de proportionnalité est conçue comme la réalisation d'un « juste équilibre des intérêts », et dans *Z. c. Finlande* (1997), comme une mise en balance des intérêts¹⁴¹. Dans l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce* (1993), également mentionné plus haut, l'exigence des motifs pertinents et suffisants n'est pas explicite, et cette attitude se prolonge dans la jurisprudence relative à l'article 9. Parfois, la Cour laisse même entendre que les trois critères n'épuisent pas la clause de « nécessité dans une société démocratique »¹⁴². Il est difficile de cumuler les trois exigences : les motifs pertinents et suffisants sont très proches de la proportionnalité, et le besoin social impérieux semble proche du but légitime et de la proportionnalité. « A la lumière de ce qui précède, force sera de conclure que, quels que soient les termes qui le désignent, le radical commun du contrôle impliqué par la 'nécessité dans une société démocratique' sera toujours celui d'un arbitrage... entre intérêts conflictuels, fonction dévolue à la proportionnalité. La jurisprudence européenne n'enseigne au demeurant pas autre chose ; inventoriant les 'questions essentielles' soulevées par l'article 8, § 2, l'arrêt *Fayed c. le Royaume-Uni* du 21 septembre 1994 ne mentionna, en sus du 'but légitime', que la seule 'proportionnalité'. »¹⁴³

Conclusion

Nous étions partis d'un événement contemporain à forte résonance médiatique : l'affaire des caricatures de Mahomet publiées par le journal danois *Jyllands Posten*. J'avais annoncé que deux philosophies de la liberté d'expression pouvaient justifier deux positions couramment adoptées à propos de cette question. D'une part, l'accent mis sur le respect des sensibilités religieuses, l'appel à une certaine réserve ou autolimitation, voire la défense d'une sanction civile (dommages et intérêts) ou pénale d'un tel «abus» de la liberté d'expression. D'autre part, la défense intransigeante de cette même liberté, peut-être surtout quand il s'agit d'exigences de « respect » émises par des groupes religieux, dont on sait le peu de cas qu'ils font, trop souvent, de la liberté de la pensée. Je proposais une analyse comparative de la question dite du « blasphème » dans les jurisprudences respectives de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis. A quels résultats sommes-nous arrivés ?

La jurisprudence de Strasbourg est incontestablement la plus répressive des deux en la matière. On ne soutiendra certes pas que les défenseurs d'une protection à tout crin des sensibilités religieuses gagnent toujours devant la Cour européenne. Loin de là. Les juges de Strasbourg ont en effet élaboré un test assez cohérent, se formulant comme suit : les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent (sous-entendu : également les croyants) sont protégés (c'est la jurisprudence *Handyside*) ; les offenses gratuites qui ne contribuent pas au débat démocratique ne le sont pas (jurisprudence *Otto-Preminger*). Aux yeux de la Cour, les arrêts récents sur le blasphème ne contredisent donc pas la jurisprudence *Handyside* : ils la complètent et en limitent le champ de validité. On pourrait dire que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, cette grande liberté conférée aux propos dissidents, garantie en toute clarté dès 1976, n'a de sens qu'exercée de façon responsable : la critique peut se révéler vigoureuse, mais elle doit s'exercer en n'agressant pas inutilement. Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent sont protégés ; ceux qui heurtent, choquent ou inquiètent *gratuitement, sans contribuer au débat démocratique*, ne le sont pas.

Un tel test possède le mérite de la clarté, mais seulement après décodage des arrêts les plus importants. On voit immédiatement qu'il satisferait ceux qui, dans l'affaire des caricatures,

¹⁴⁰ Elle se réfère encore à ces trois conditions dans l'arrêt *Klein v. Slovakia* du 31 octobre 2006.

¹⁴¹ VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 82.

¹⁴² *Ibid.*, p. 84.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 86. Je souligne.

voulaient défendre la liberté d'expression *responsable*. Les attaques gratuites feraient trop de mal pour être protégées, en particulier dans un contexte de sensibilités religieuses manipulées et exacerbées. On pourrait tout d'abord soutenir qu'une certaine *police de la forme* serait considérée comme légitime pour autant qu'elle n'affecte pas le contenu, le message. Il y a moyen, disent les tenants d'une telle thèse, de critiquer de la façon la plus radicale possible des idées et des institutions, censées les incarner dans le monde, sans choquer inutilement. L'idée de base sous-tendant une telle argumentation consiste en effet en ceci que la forme grossière, gratuitement outrageante, du discours, n'ajouterait rien à la critique (n'enrichirait pas – dit souvent la Cour en ces matières – le débat démocratique). Cette thèse est à mon avis bien illustrée par la différence de résultats, respectivement, des affaires *I.A.* et *Tatlav*, traitées précédemment. Dans le premier cas Mahomet permet des relations sexuelles avec des cadavres ou des animaux ; dans le second, le Coran est confronté à la science. Même si la pratique scientifique désenchant le monde et précipite souvent la crise de la foi, la liberté de la raison doit être totale selon la Cour. Il n'en va pas de même des attaques gratuites. La juridiction de Strasbourg aurait donc réussi à naviguer – périlleusement – entre le Charybde d'une liberté totale ou anarchique, et le Scylla de la censure.

Je ne pense pas que l'argument soit tenable. Tout d'abord, il existe trop de cas ambigus, intermédiaires, pour que la distinction proposée par le test soit aisément praticable : le fait de savoir *quel discours* tombe dans le champ des attaques gratuites et cesse donc d'être protégé par la jurisprudence *Handyside* constitue une question redoutable. Où situer la pièce *Mahomet* de Voltaire, dont une représentation¹⁴⁴ a suscité un certain trouble dans la paisible Suisse ? Protégée, Non protégée ? Et *Le Concile d'Amour*, les dessins du *Jyllands Posten* eux-mêmes ? Les têtes du dieu de la mer, de Jésus, de Bouddha et de Mahomet coupées et exhibées dans une représentation déprogrammée en septembre 2006 pour raisons de « sécurité », à Berlin, d'*Idoménée* de Mozart¹⁴⁵ ? Mais la question porte bien plus loin : il s'agit non seulement de décider quel discours sera privé de la protection, mais de se demander *qui* sera habilité à se livrer à ce travail d'orfèvrerie intellectuelle. Si l'on accepte la censure du discours blasphématoire (choquant, heurtant, inquiétant les croyants), la réponse à cette question sera parfaitement simple : c'est le juge, c'est-à-dire l'Etat (ou une juridiction internationale), qui le fera. De ce point de vue, j'ai longuement analysé les arguments présentés par la Cour suprême des Etats-Unis en faveur de l'idée suivant laquelle ce n'est pas la tâche de l'Etat que d'opérer une telle distinction. A moins de se trouver par exemple confrontée à une illégalité imminente, ou une menace réelle, ou encore des injures (*fighting words*) susceptibles de troubler l'ordre public (*breach of the peace*), la Cour ne se donne pas le droit de séparer le bon grain de l'ivraie. Et nous savons qu'en matière de limitation de la liberté d'expression par le droit à la vie privée ou le droit de la diffamation, la Cour suprême a introduit des tests très protecteurs du *speech* et de la presse.

En fait, il faut bien distinguer, dans l'histoire de la jurisprudence de la Cour suprême, entre les propos tenus contre l'Etat et les institutions civiles d'une part, les propos supposés choquer (heurter, inquiéter) les membres de l'une ou l'autre communauté religieuse d'autre part. En matière de discours politique, nous avons vu la Cour suprême se rallier finalement, durant les années 1930, aux positions libérales défendues jusque-là par les juges Holmes et Brandeis dans leurs opinions dissidentes. Mais la période maccarthyste, qui s'est caractérisée par un recul de la liberté d'expression (ainsi que par l'affaiblissement d'autres droits importants), a coïncidé avec une mise en application fréquente du test dit de la « balance des intérêts » : dès lors, la position « préférée »¹⁴⁶ de la liberté d'expression *politique* se trouvait fragilisée par un mode de raisonnement qui consistait à la soupeser contre d'autres exigences, particulièrement la valeur de l'intérêt national confronté au

¹⁴⁴ Une lecture publique de la pièce était prévue à Genève à l'occasion des cérémonies du tricentenaire de la naissance de Voltaire (1994). Elle a été déprogrammée sous la pression notamment de Tariq Ramadan. Douze ans plus tard, la lecture a pu avoir lieu à Genève les 8 et 10 décembre 2005 (« Une fatwa contre Voltaire ? », *Le Monde*, 15 février 2006). Dans la pièce, Mahomet est décrit comme un pillard, un massacreur et un tartufe lubrique. Tariq Ramadan réagit aux accusations de censure dans *Le Monde*, 24 février 2006.

¹⁴⁵ Voir *Le Monde*, 28 septembre 2006. L'opéra a finalement été joué le lundi 18 décembre 2006.

¹⁴⁶ Sur la *preferred position* des libertés d'expression, de la presse et religieuse, voir *Murdock v. Pennsylvania* (1943). Voir aussi *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette* (1943).

danger communiste. Mais même si l'on tient compte de la terrible paranoïa des comités et des leaders qui se livrèrent à la chasse aux Rouges dans les années 1950, notamment à Hollywood, et des nombreux drames humains que cette obsession engendra, il reste que le péril communiste était, dans la conjoncture de l'après-guerre, après la conquête par Staline de l'Europe centrale et orientale, et l'accession de l'URSS à la capacité nucléaire, plus grave qu'à l'époque des arrêts *Schenck, Abrams, Gitlow* ou *Whitney*. C'est cette perception souvent manipulée du danger qui a, dans les années cinquante, fragilisé la protection de la liberté d'expression politique, laquelle se trouvait rabaissée à un intérêt qu'il fallait « seulement » mettre en balance avec d'autres intérêts.

Or – nous l'avons déjà souligné – en matière de discours blasphématoire, la Cour avait, dès 1952, adopté une position principielle des plus tranchées : dans l'arrêt *Burstyn* de 1952, elle ne s'engageait nullement dans un travail de mise en balance du type de celui auquel se livrera la Cour de Strasbourg à partir de l'arrêt *Otto-Preminger* de 1993 : protéger les sensibilités religieuses n'était pas l'affaire du juge, parce que cela aurait nécessairement mené à donner le champ libre aux orthodoxies les plus puissantes et les plus bruyantes. La Cour européenne des droits de l'homme a sans doute adopté dès le début une attitude plus cohérente de protection de la liberté d'expression politique : l'Europe n'a pas connu le maccarthysme, et de toute façon les institutions de Strasbourg commençaient seulement à fonctionner dans les années 1950 et 1960. Néanmoins, en ce qui concerne le droit au blasphème, le « test *Burstyn* » l'emporte à mes yeux sur le test de l'offense gratuite, assez péniblement élaboré par la Cour européenne des droits de l'homme. Et il faut dire qu'en matière de liberté d'expression politique, la Cour suprême s'est installée dans une position très protectrice, au moins depuis l'arrêt *Brandenburg v. Ohio* de 1969.

J'ai voulu tout au long de cet article éviter de confondre dans une notion commune (par exemple celle de *hate speech* – discours de haine) le blasphème et les propos racistes. Aux Etats-Unis, la Cour suprême traite aujourd'hui le discours raciste, le discours politique, et même le blasphème, d'une façon assez semblable : le fait que certains soient choqués (heurtés, inquiétés) ne constitue pas une cause légitime de limitation de la liberté d'expression. Des propos racistes qui ne seraient pas véritablement menaçants (*true threat*) ou ne prendraient pas la forme de *fighting words* seraient indiscutablement considérés comme protégés par le Premier Amendement. *A fortiori* en irait-il bien entendu du discours négationniste, puisque ce dernier prend la forme d'un exposé prétendument objectif et scientifique. Or la situation, nous le savons, apparaît radicalement différente dans maints pays d'Europe, et notamment dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. J'ai d'abord fait remarquer que, si l'on voulait – ce qui constitue l'intuition de base, la préférence parfois secrète de maints intellectuels libéraux – défendre le droit au blasphème (même « gratuit » ou supposé tel) et justifier la législation pénalisant les propos racistes dans plusieurs pays européens, il était nécessaire de distinguer rigoureusement entre les deux concepts. Tenons-nous-en ici à l'aspect volontaire ou involontaire de la caractéristique visée (choix religieux ; couleur de la peau, ou « genre »). Chacun bénéficie de la liberté religieuse, mais cette liberté n'implique aucunement le droit de ne pas être choqué (heurté, inquiété) dans sa foi ou ses croyances. Du moins est-ce là la position « américaine », incarnée par l'arrêt *Burstyn*, qui est toujours du *good law* en droit constitutionnel des Etats-Unis. La Cour suprême étend aujourd'hui cette protection aux propos racistes. La Cour de Strasbourg ne protège pour sa part le blasphème que s'il ne se révèle pas « gratuit », et elle ne protège pas les propos racistes.

Souvent, elle utilise, pour retirer cette protection, le fameux article 17, commenté plus haut. L'essence de ce dernier – c'est-à-dire la *militant democracy* – se laisse capturer par la formule « pas de liberté pour les ennemis de la liberté ». Or quand la Cour utilise cet article pour refuser de condamner la criminalisation des *propos* racistes par les législations de certains Etats, elle l'interprète de façon *non littérale* : l'article parle d'« activités » et d'« actes », non de discours. Pour qualifier le discours d'activité ou d'acte, il faut un travail intellectuel que la Cour, à mon sens, a trop tendance à négliger et qui se trouve au cœur de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis sur la liberté d'expression. Si l'on se souvient en effet des premières décisions importantes de la Cour suprême relatives à la liberté d'expression (les arrêts *Schenck, Abrams, Gitlow, Whitney*), toutes portaient justement sur le fait de savoir si des individus exprimant des idées radicales, impliquant soit le refus de soutenir le pays en guerre, soit – pis – le renversement

violent du régime démocratique, pouvaient se prévaloir des protections conférées par le Premier Amendement. Il s'agissait rigoureusement de savoir si – et jusqu'où – il fallait protéger la liberté (ici : d'expression) *des ennemis de la liberté* ! Nous avons vu qu'après une évolution jurisprudentielle assez sinueuse, la Cour suprême a fini – notamment dans *Brandenburg v. Ohio* – par accorder la protection aux « ennemis de la liberté ». Ce n'est que dans le cas où il existe un danger d'illégalité imminente (reformulation plus stricte du vieux test holmesien du *clear and present danger*) que ceux-ci perdront la protection. Ils n'en seront sûrement pas privés par *le simple fait d'adopter des valeurs « antidémocratiques »*. En témoigne la fameuse affaire Skokie, que j'ai rapidement résumée plus haut : la Cour suprême des Etats-Unis et d'autres juridictions reconnaissent les droits de Collin et du parti nazi américain, *tout en étant parfaitement conscientes du fait qu'il s'agit en l'occurrence d'« ennemis de la liberté »*. La philosophie politique de la Cour suprême en matière de liberté d'expression peut, paradoxalement, se formuler comme suit : *la liberté pour les ennemis de la liberté*.

Cette brève réflexion sur certains aspects de l'interprétation de l'article 17 par la Cour européenne des droits de l'homme montre bien une différence importante existant, sur le plan philosophique, entre les deux conceptions de la liberté d'expression. Ou, plus exactement : elle indique la radicalité de l'exceptionnalisme américain, le principe « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » étant largement accepté dans le reste du monde. Certes, on ne confondra pas ce qui ne doit pas l'être : de trop nombreux pays utilisent le principe comme un alibi pour écraser la liberté d'expression et la liberté tout court. Mais si l'on s'en tient aux grands pays démocratiques ou à la jurisprudence d'une juridiction régionale comme la Cour de Strasbourg, la différence reste flagrante : dans un cas les ennemis de la liberté sont totalement protégés sauf s'ils commettent (ou vont commettre de façon imminente et probable) une illégalité ; dans l'autre, ils perdent la protection de certains de leurs droits (dont la liberté d'expression), tout en en conservant (la Cour est claire à ce sujet) d'autres (tel le droit à un procès équitable)¹⁴⁷. La situation apparaît encore plus tranchée (si c'est possible) en matière de discours négationniste. Dans ce cas-ci, le discours prend une forme « scientifique » et donc « pacifique », il ne constitue en aucune façon un appel direct à la violence, et le fait que des sensibilités soient choquées doit lui-même être établi : c'est en l'occurrence une injure majeure faite à la mémoire des victimes de la Shoah, elle est sans doute plus profondément perverse, bien que moins « directe », que l'injure raciste ou les propos antisémites. C'est dans un tel contexte, nous l'avons vu, que la Cour de Strasbourg a rendu une décision d'irrecevabilité dans l'affaire *Garaudy c. France* : la Convention ne protège pas les « activités » ou « actes » visant à détruire les libertés qu'elle consacre (mais – et c'est tout le problème – il s'agissait d'un livre).

J'ai également souligné plus haut la difficulté de limiter le champ d'application de la répression du négationnisme. S'agit-il seulement d'interdire la négation des génocides ? Mais la communauté internationale est relativement divisée sur la qualification de génocide, et les exploitations idéologiques sont légion. Rappelons-nous le vote en première lecture de la loi française criminalisant la négation du génocide arménien, la volonté du pouvoir ukrainien de faire de même à propos de l'*Holodomor* (ce massacre par la faim de millions d'Ukrainiens par Staline en 1932-1933). Bref la répression du discours négationniste pose des problèmes de principe (fortement – et peut-être trop unilatéralement – soulignés par la Cour suprême des Etats-Unis) et soulève des questions pratiques d'applicabilité.

Finalement, voici en résumé ce que nous enseigne une lecture nécessairement partielle des jurisprudences respectives des Cours de Strasbourg et de Washington. En matière de blasphème, l'arrêt *Burstyn* apparaît infiniment plus protecteur que le test de la « gratuité » construit par la Cour européenne des droits de l'homme. En matière de propos racistes – et, par implication, de discours négationniste – le débat se révèle beaucoup plus ouvert : doit-on endosser la philosophie politique de la Cour suprême, consistant à *garantir* la liberté aux ennemis de la liberté, ou au contraire celle de la Cour de Strasbourg et d'une grande partie de l'opinion européenne, consistant à *refuser* la liberté aux ennemis de la liberté ? Sommes-nous prêts – sur le plan de l'applicabilité cette fois – à

¹⁴⁷ Voir ERGEC, *op. cit.*, p. 178.

voir s'élargir le champ des vérités non niables, et corrélativement à voir le juge grignoter petit à petit le territoire de l'historien ? Devons-nous donc suivre sur ce point l'avertissement d'un grand historien comme Pierre Vidal-Naquet ? A l'inverse, au cas (très improbable) où les législations réprimant le négationnisme seraient abrogées ou tomberaient en désuétude, serions-nous prêts à voir déferler chez nous une littérature nauséabonde ? *Mais « déferle-t-elle » tant que cela aux Etats-Unis, où aucun obstacle judiciaire ne l'entrave ?* Telles sont les questions que nous devons nécessairement laisser ouvertes à la fin de cet article. Mais une idée claire émerge : l'affaire des caricatures relève du blasphème. Si nous adoptons la philosophie de l'arrêt *Burstyn*, le blasphème doit être protégé, non pas pour de quelconques motivations antireligieuses, mais pour la préservation et la vitalité des sociétés démocratiques, tant de fois menacées par le danger du « théologico-politique ». Si nous séparons rigoureusement cette question de celles, bien différentes, relatives aux propos racistes et au négationnisme, nous aurons déjà accompli quelques progrès dans cette « étude systématique des notions confuses » en laquelle Perelman voyait le cœur de l'activité philosophique¹⁴⁸.

¹⁴⁸ « On peut en tirer la conclusion, qui pourrait paraître irrévérencieuse, que l'objet propre de la philosophie est l'étude systématique des notions confuses. » (C. PERELMAN, "De la justice" [1945], in *Ethique et Droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 17).