

Le *hate speech* et la liberté d'expression dans la jurisprudence américaine sous l'angle de la philosophie du langage

Nicolas Thirion, Professeur ordinaire à l'Université de Liège
Antoine Vandenbulke, Assistant à l'Université de Liège

I. Introduction

La liberté d'expression aux États-Unis est juridiquement consacrée par le Premier Amendement, selon lequel «Le Congrès ne fera aucune loi [...] restreignant la liberté d'expression ou la liberté de presse [...]»⁽¹⁾ (*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech or press [...]*). Le terme «Congrès» est aujourd'hui compris comme désignant le législateur, tant fédéral que fédéré, puisque la formule du Premier Amendement a été incorporée dans la clause relative à la «procédure régulière de droit» (*due process of law*) du Quatorzième Amendement et s'applique donc désormais aux États⁽²⁾. Auparavant, le *Bill of rights* ne s'appliquait qu'au gouvernement fédéral⁽³⁾.

Malgré la formulation très générale du Premier Amendement, la liberté d'expression aux États-Unis n'est pas absolue. Historiquement, elle n'a pas toujours été protégée d'une façon très solide. Les délits de sédition furent nombreux pendant la Guerre de Sécession et la Première Guerre mondiale, de nombreuses œuvres artistiques majeures furent censurées⁽⁴⁾, tandis que l'hystérie du maccarthysme des années cinquante du siècle dernier a entraîné une chasse aux sorcières dont le seul motif était l'opinion. La première condamnation annulée sur la base de la liberté d'expression date de 1926⁽⁵⁾ mais il a fallu attendre 1965 pour que la Cour suprême des

États-Unis invalide une loi, fédérale en l'occurrence, en raison de son inconstitutionnalité au regard du Premier Amendement⁽⁶⁾.

Aujourd'hui encore, la liberté d'expression fait l'objet de limites. Elle ne couvre pas⁽⁷⁾ les provocations à l'action illégale, les atteintes à la réputation d'autrui ou à la vie privée, certains discours commerciaux, l'obscénité ou encore les provocations verbales et les insultes (*fighting words*). Ces différentes limites sont circonscrites par la jurisprudence de la Cour suprême, dont le caractère éminemment politique ne facilite pas le consensus, ni la constance et la cohérence des arrêts sur le sujet. Néanmoins, on peut s'efforcer de dégager certains grands principes ou, à tout le moins certaines tendances, grâce aux arrêts de principe rendus en la matière.

Limitant notre exposé à la question du «discours de haine» (*hate speech*) et du sort qui lui est réservé à la lumière de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, nous examinerons, dans un premier temps, les principaux arrêts de la Cour suprême rendus en la matière (II), avant d'en dégager, dans un deuxième temps, les présupposés philosophiques et les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre de ces derniers (III). De brèves conclusions synthétiseront les enseignements collectés tout au long de la présente contribution (IV).

(1) «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances» («Le Congrès ne fera aucune loi accordant une préférence à une religion ou en interdisant le libre exercice, restreignant la liberté d'expression, la liberté de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement et d'adresser à l'État des pétitions pour obtenir réparation de torts subis»).

(2) E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 722; *Gilton v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

(3) *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833).

(4) *Ulysse* de James Joyce ou *Madame Bovary* de Gustave Flaubert, par exemple.

(5) *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380, (1926). La Cour annule la condamnation de M. Fiske qui avait tenu un discours communiste révolutionnaire. Elle a en effet jugé que M. Fiske ne préconisait aucune méthode illégale pour arriver à ses fins politiques et qu'il s'agissait donc d'une expression protégée.

(6) *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965): la Cour déclare inconstitutionnelle une loi fédérale exigeant des citoyens de manifester leur intention s'ils souhaitent recevoir les lettres de l'étranger «à propagande politique communiste» qui leurs étaient destinées. Sans cette déclaration, ce type de lettres, bien que leurs étant destinées, n'étaient pas distribuées par la poste américaine.

(7) À tout le moins, elle peut faire l'objet de restrictions sous certaines conditions, comme nous le verrons dans les différents arrêts décrits *infra*, *cf.* II.

II. Les grands arrêts de la Cour suprême en matière de hate speeches

A. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)

Lors d'une bagarre qui faillit tourner à l'émeute, M. Chaplinsky, témoin de Jehova, traita un agent de police de «sale voleur» (*darned racketeer*) et de «maudit fasciste» (*darned fascist*). Chaplinsky fut condamné sur la base d'une loi de l'État du New Hampshire interdisant l'utilisation de termes offensants (*offensive words*) par une personne envers une autre dans un lieu public⁽⁸⁾.

Saisie de l'affaire, la Cour suprême précise que la liberté d'expression et la liberté de la presse, toutes deux protégées par le Premier Amendement contre les transgressions du Congrès, font également partie des «droits et des libertés fondamentales protégées par le Quatorzième Amendement face à toute violation des États» et qu'elle est donc compétente pour juger de la constitutionnalité d'une norme d'un État fédéré au regard de ces principes.

Sur le fond, la Cour rappelle que «le droit à la liberté d'expression ne donne pas un droit absolu en tous temps et en toutes circonstances⁽⁹⁾. Certaines catégories de discours, bien définies et étroitement limitées, peuvent être soumises à une prévention et à une répression qui n'ont jamais été considérées comme inconstitutionnelles. Celles-ci comprennent les propos licencieux ou obscènes, ceux qui profanent le sacré, les propos diffamatoires (*libelous*) et insultants ou incitatifs à la violence (*fighting words*) – en somme les mots qui, par leur simple énoncé, infligent des blessures ou tendent à provoquer un trouble immédiat à l'ordre public (*immediate breach of the peace*)». La Cour estime que «de tels énoncés ne constituent pas une part essentielle de l'exposition des idées et sont d'une valeur sociale tellement mince pour atteindre la vérité que le bénéfice qu'on peut en retirer est clairement éclipsé par celui qu'on retrouve dans l'ordre public et la moralité».

«Le terme "offensant" (*offensive*) ne doit pas être défini en fonction de ce qu'un destinataire particulier pense. [...] Le test consiste à vérifier si les mots prononcés – compris par des hommes d'une intelligence commune – sont susceptibles de déclencher une réaction violente chez un destinataire lambda

(*average addressee*). [...] La langue anglaise détient un certain nombre de mots et d'expressions qui, de l'avis général, sont incitatifs à la violence (*fighting words*) lorsqu'ils ne sont pas prononcés avec un sourire désarmant [...] [C]es mots, tels que compris par les hommes ordinaires (*ordinary men*), sont susceptibles de provoquer une bagarre. Tel est le cas des menaces et des outrages profanes ou obscènes.

Des mots moqueurs et vexants (*derisive and annoying words*) peuvent être considérés comme entrant dans le champ d'application de la loi, interprétée comme ci-dessus, seulement lorsqu'ils ont pour conséquence d'amener le destinataire à troubler l'ordre public. [...] La loi interprétée se limite à l'interdiction des mots prononcés face à face et manifestement susceptibles de provoquer un trouble à l'ordre public (*breach of the peace*) suite à une réaction du destinataire, ces mots constituant un trouble à l'ordre public par le fait d'être prononcés par le locuteur – les mots visés étant ceux incitant à la violence (*fighting words*), mais également ceux qui ne sont pas forcément considérés comme tels mais qui demeurent susceptibles de causer des actes de violences, ainsi que d'autres mots entraînant des troubles, en ce compris le blasphème, l'obscénité et les menaces».

«[La loi du New Hampshire], appliquée à une personne qui, dans la rue, traite une autre personne de "maudit fasciste" ou de "sale voleur", n'empiète pas de manière substantielle ni déraisonnable sur la liberté d'expression». Elle n'enfreint donc pas le Premier Amendement.

La Cour autorise donc une loi à interdire des termes offensants. Cette restriction à la liberté d'expression est justifiée par les troubles à l'ordre public que peuvent provoquer de tels discours. Ces *fighting words* sont en effet susceptibles d'entraîner une réaction violente de la part de l'interlocuteur. Néanmoins, ces termes ne peuvent être interdits et condamnés en fonction de la réaction subjective de l'interlocuteur mais bien sur la base de critères «objectifs», c'est-à-dire du point de vue d'une personne ordinaire: les mots prononcés sont-ils susceptibles d'entraîner une réaction violente chez un individu lambda?

B. *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949)

M. Terminiello, prêtre catholique, prononça un discours à destination des «Vétérans chrétiens d'Amérique» (*Christian Veterans of America*), dans lequel il cri-

(8) La loi interdisait «any offensive, derisive or annoying word to any other person who is lawfully in any street or other public place» ou «call him by any offensive or derisive name».

(9) Elle se réfère explicitement aux arrêts suivants: *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v.*

California, 274 U.S. 357, (1927) (Juge Brandeis, opinion dissidente); *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931); *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937); *Herdon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1937); *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

tiquait vigoureusement⁽¹⁰⁾ certaines politiques et certains «groupes raciaux». L'auditorium – d'une capacité de plus de huit cents personnes – était comble, tandis que près de mille personnes protestaient dehors à l'encontre des propos tenus par M. Terminiello. Celui-ci fut condamné par l'État de l'Illinois sur la base d'une ordonnance sanctionnant les «troubles à l'ordre public» (*breach of the peace*), le tribunal interprétant ces termes⁽¹¹⁾ comme «toute inconduite qui attise la colère du public, entraîne des disputes, provoque un état d'agitation, ou crée une perturbation».

L'affaire est portée devant la Cour suprême, laquelle énonce que «la vitalité des institutions civiles et politiques dans notre société dépend de la libre discussion. Comme l'a écrit le juge Hughes dans *De Jonge v. Oregon*⁽¹²⁾, c'est uniquement par un débat libre et un libre échange des idées que le gouvernement continue de répondre à la volonté du peuple et que les changements pacifiques sont réalisés. Le droit de parler librement et de promouvoir la diversité des idées et des programmes est donc l'une des principales distinctions qui nous distinguent des régimes totalitaires. En conséquence, une des fonctions de la liberté d'expression sous notre système politique est de susciter le débat. Elle [la liberté d'expression] peut d'ailleurs servir au mieux son but lorsqu'elle provoque un état d'agitation, entraîne des désaccords ou même attise la colère. Une expression est souvent porteuse de provocation et de défi. Elle peut déconstruire les préjugés et les idées préconçues et a des effets profondément inquiétants lorsqu'elle insiste pour l'acceptation d'une idée. C'est pourquoi la liberté d'expression, quoique non absolue⁽¹³⁾, est néanmoins protégée contre la censure et la répression, sauf s'il est prouvé qu'elle est porteuse d'un *réel danger, manifeste et pressant, de causer des maux sérieux et graves, bien supérieurs en intensité au désagrément, à l'irritation ou à l'agitation qu'elle suscite dans le public*⁽¹⁴⁾».

L'ordonnance, telle qu'elle a été interprétée par les juridictions fédérées et appliquée au requérant, est donc inconstitutionnelle.

C. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)

Clarence Brandenburg, un des leaders du Ku Klux Klan, fut condamné par l'État de l'Ohio sur

la base d'une loi interdisant de «préconiser [...] le devoir, la nécessité ou l'opportunité du crime, du sabotage, de la violence ou de méthodes illégales de terrorisme afin d'accomplir une réforme industrielle ou politique», ainsi que «de faire réunir volontairement toutes sociétés, groupes ou assemblées de personnes formés pour enseigner ou défendre les doctrines du *syndicalisme criminel*⁽¹⁵⁾».

M. Brandenburg invita une station de télévision de la ville de Cincinnati à venir filmer un rassemblement du Klan. Une partie des images fut diffusée sur la chaîne locale ainsi que sur le réseau national. Le premier film représentait douze personnes cagoulées et accoutrées de toges blanches, dont certaines étaient armées. Elles se réunirent autour d'une croix en bois qu'elles brûlèrent. À l'exception du journaliste, personne d'autre n'était présent. Malgré la mauvaise qualité sonore qui rendait difficilement compréhensible le discours, certaines phrases éminemment racistes et violentes demeuraient clairement perceptibles, tels que «Brûlons les Nègres» ou «Renvoyons les Juifs en Israël». Une autre scène du même film montrait l'appelant, M. Brandenburg, proclamant notamment: «Nous ne sommes pas une organisation dont le but est la vengeance, mais si notre Président, notre Congrès, notre Cour suprême continuent à dénigrer le Blanc, la race caucasienne, il est possible que nous devions prendre notre revanche!», ajoutant: «Nous marcherons vers le Capitole le 4 juillet⁽¹⁶⁾». Le second film montrait six personnes cagoulées, dont l'une d'elles sera plus tard identifiée comme l'appelant, lequel répétait un discours fort similaire, sans toutefois mentionner la possibilité de «vengeance» (*revengeance*).

De nombreuses lois similaires condamnant le «syndicalisme criminel» (*Criminal Syndicalism*), c'est-à-dire la doctrine qui incite au crime ou à d'autres moyens illégaux (notamment le sabotage) dans le but d'accomplir des objectifs politiques ou sociaux, ont été adoptées de 1917 à 1920 – dans le sillage de la révolution bolchévique donc – dans de nombreux États américains⁽¹⁷⁾. Un texte pratiquement identique fut d'ailleurs déclaré constitutionnel par la Cour dans l'arrêt *Whitney v. California*⁽¹⁸⁾. Plusieurs décisions ultérieures ont cependant contredit cet arrêt⁽¹⁹⁾ et ont abouti au principe selon lequel «les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression et de la liberté de la presse ne permettent pas à

(10) «Si pas vicieusement» ajoute même la Cour.

(11) Cette interprétation concernant une loi d'un État fédéré lie la Cour, «comme si ces mots avaient été écrits tels quels dans l'ordonnance» (*Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 317 (1926); *Winters v. New York*, 333 U.S. 507, 514 (1948)).

(12) 299 U.S. 353 (1937).

(13) *Chaplinsky v. New Hampshire*, cité.

(14) C'est nous qui soulignons.

(15) Que nous définissons *infra* au texte.

(16) Date de la fête nationale américaine.

(17) Voy. notamment E. DOWEL, *An History of Criminal Syndicalism Legislation in the United States*, Baltimore, John Hopkins Press, 1939.

(18) 274 U.S. 357 (1927).

(19) *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

un État d'interdire ou proscrire l'apologie (*advocacy*) du recours à la force ou à la violation de la loi, sauf si un tel plaidoyer est dirigé pour inciter ou pour commettre une *action illégale imminente* et est *susceptible* d'inciter ou de produire une telle action». La Cour rappelle également les termes de l'arrêt *Novo v. United States*⁽²⁰⁾: «le simple enseignement (*teaching*) abstrait [...] de l'opportunité ou même de la nécessité morale de recourir à la force et à la violence n'est pas la même chose que la préparation d'un groupe à une action violente et le mener à une telle action».

À la lumière du test établi par la Cour, selon lequel un discours est donc illégal s'il incite à commettre une action illégale imminente et s'il est réellement susceptible d'entraîner une telle action, la Cour suprême déclare l'*Ohio's Criminal Syndicalism Act* inconstitutionnel. La Cour affirme donc clairement le revirement – depuis longtemps amorcé – de la jurisprudence *Whitney v. California* en matière d'incitation aux actions criminelles. Il faut donc distinguer le simple plaidoyer, protégé par le Premier Amendement, de la réelle incitation à l'action illégale imminente, éventuellement condamnable.

D. *R.A.V. v. Saint Paul*, 505 U.S. 377 (1992)

Robert A. Viktora (ci-après, «R.A.V.») et quelques autres adolescents confectionnèrent une croix en bois qu'ils brûlèrent⁽²¹⁾ dans le jardin d'une famille afro-américaine. R.A.V., mineur au moment des faits, fut poursuivi sur la base d'un règlement municipal de la ville de Saint-Paul, intitulé «ordonnance sur les crimes motivés par des préjugés» (*Bias-Motivated Crime Ordinance*), qui stipulait que «quiconque appose sur une propriété publique ou privée un symbole, un objet, un écriteau, un placard ou un graffiti, illustrant, à titre non limitatif, une croix en flamme ou une croix gammée, en sachant ou en ayant de raisonnables chances de savoir que,

pour des motifs fondés sur la race, la couleur de peau, les croyances, la religion ou le genre, le signe utilisé suscite la colère, la frayeur ou le ressentiment chez autrui, ou cause un trouble à l'ordre public, sera poursuivi pour avoir commis un délit».

L'avocat de R.A.V. plaida l'inconstitutionnalité de l'ordonnance en invoquant deux motifs: le texte visé aurait une portée excessive (*overbreadth*), d'une part, et incriminerait le contenu d'une opinion, d'autre part (*content-based*)⁽²²⁾. R.A.V. remporta une victoire en première instance mais le jugement fut réformé par la Cour suprême de l'État du Minnesota, selon laquelle l'ordonnance n'était ni imprécise, car limitée dans sa portée à des insultes ou provocations verbales susceptibles de blesser ou d'inciter à la violence (*fighting words*), ni partielle, car elle sanctionnait une forme d'expression non protégée.

Porté devant la Cour suprême des États-Unis, l'arrêt fut réformé et l'ordonnance déclarée inconstitutionnelle à l'unanimité, malgré la divergence de points de vue concernant la motivation de la décision. L'opinion majoritaire de la Cour fut exprimée par le juge Antonin Scalia⁽²³⁾.

– Opinion majoritaire de la Cour (juge Scalia)

«En général, le Premier Amendement empêche le gouvernement d'interdire une expression, voire un comportement expressif, au motif qu'il désapprouve les idées exprimées. Les textes qui réglementent le contenu de l'expression sont présumés nuls. [...] Cependant, de 1791 jusqu'à nos jours, notre société comme toutes celles qui sont libres, mais civilisées, a permis des restrictions portant sur le contenu de l'expression dans quelques domaines limités "qui sont d'une valeur sociétale tellement mince pour atteindre vérité que le bénéfice qu'on peut en retirer est clairement éclipsé par celui qu'on retrouve dans l'ordre public et la moralité"⁽²⁴⁾. La liberté d'expression fait l'objet de certaines limites, notamment en

(20) 367 U.S. 290 (1961).

(21) Symbole du Ku Klux Klan.

(22) La distinction entre les lois «neutres» («*content-neutral*») – bien que limitant indirectement la liberté d'expression – et celles qui visent directement le contenu d'un discours («*content-based*») est essentielle dans le droit américain en matière de liberté d'expression. La Cour est en effet bien plus tolérante envers les premières, c'est-à-dire les ingérences *indirectes* dans la liberté d'expression, *via* l'adoption de textes ne visant pas directement le contenu de l'expression limitée (elle a par exemple validé un règlement de la ville de New York exigeant d'utiliser le matériel sonore sélectionné par le gouvernement pour donner un concert de rock – donc bruyant – à Central Park (*Ward v. Rock Against Racism*, 49 U.S. 781)). *A contrario*, la suspicion à l'égard des régulations de la liberté d'expression

fondées sur le contenu même de l'opinion a conduit la Cour à invalider toute une série de lois dont l'objectif n'était pourtant pas la censure (A. MORRISON, *Fundamentals of American Law*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 93), telles qu'une loi de l'État de New York qui interdisait aux criminels d'écrire des livres sur leur méfaits en vue de les empêcher de tirer profit de leurs crimes (*Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victim Board*, 502 U.S. 105, 1991) ou une loi instaurant une différence de taxation en fonction du contenu d'un magazine par exemple (*Arkansas Writers'Project v. Ragland*, 481 U.S. 221, 1987).

(23) Le juge Scalia, récemment décédé, était un des porte-voix du courant conservateur au sein de la Cour.

(24) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572, *cf. supra*, A.

matière d'obscénité⁽²⁵⁾, de diffamation⁽²⁶⁾ ou de provocations verbales (*fighting words*)⁽²⁷⁾. Depuis les années soixante, la Cour a réduit la portée de ces exceptions catégorielles, notamment en matière d'obscénité⁽²⁸⁾ ou de diffamation⁽²⁹⁾, mais une approche limitée par catégories⁽³⁰⁾ d'expression reste une part importante de notre jurisprudence sur le Premier Amendement.

Le juge Scalia affine cependant cette doctrine par catégories; il considère en effet que, si «ces formes d'expressions peuvent, dans le respect du Premier Amendement, être réglementées à cause d'un contenu⁽³¹⁾ que la Constitution autorise à proscrire (obscénité, diffamation, etc.)», elles ne sont pas pour autant exclues de la protection constitutionnelle accordée par le Premier Amendement. Exclure purement et simplement des catégories d'expression de la protection du Premier Amendement – et donc adopter une approche de type «tout ou rien» – aurait pour conséquence d'ôter tout obstacle à l'ingérence du gouvernement et lui permettrait de réglementer librement ces catégories. Par exemple, «ceci signifierait qu'un conseil municipal pourrait interdire les œuvres obscènes⁽³²⁾ qui critiquent la gestion municipale ou, même, ne la défendent pas».

Par ailleurs, le juge Scalia précise qu'«[i]l n'est pas vrai que les provocations verbales aient un contenu quasi nul, ou que leur contenu soit, en toutes circonstances, sans intérêt et indigne de toute protection constitutionnelle; parfois ces provocations sont, en vérité, très parlantes». Ces propos n'entreraient cependant pas en contradiction avec les termes de l'arrêt *Chaplinsky* – lequel considère certes que les provocations verbales «ne forment pas une partie essentielle de l'exposition des idées», mais une forme d'exposition d'idées tout de même. Il faut ainsi être attentif à ne pas «pousser certaines expressions hors du marché des idées»⁽³³⁾.

Néanmoins, l'ordonnance dont il est question en l'espèce «ne s'applique qu'aux provocations verbales qui insultent, ou incitent à la violence, «pour des motifs fondés sur la race, la couleur de peau, les croyances, la religion ou le genre». Toutes les expressions qui contiennent des grossièretés et des injectives, aussi malveillantes ou graves soient-elles, sont permises dès lors qu'elles ne sont pas proférées pour l'un des motifs énoncés. Tout ceux qui souhaitent utiliser des provocations verbales pour insulter les idées des autres – pour exprimer une hostilité, par

(25) *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957). La condamnation de Samuel Roth, pour l'envoi de livres et de circulaires obscènes, fut maintenue par la Cour: «L'obscénité n'entre pas dans le domaine constitutionnellement protégé de la liberté d'expression et de presse sous le Premier Amendement, ni sous la clause de procédure régulière de droit (*due process*) du Quatorzième Amendement, visant les États». La Cour définit un «matériel obscène» comme un «matériau qui traite du sexe de telle manière à susciter l'intérêt malsain – c'est-à-dire un matériau ayant une tendance à exciter des pensées lubriques», lequel doit être évalué à l'aune d'une «personne normale» (*average person*) et en appliquant les «normes sociales contemporaines» (*contemporary community standards*).

(26) *Beaubarnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, (1952): la Cour accepte que la loi pénale de l'Illinois sur la diffamation puisse s'appliquer à une publication considérée comme diffamatoire et «susceptible de causer des troubles à l'ordre public».

(27) Jurisprudence *Chaplinsky*.

(28) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973): tout en affirmant que l'obscénité est exclue du champ de la protection du Premier Amendement (*Roth v. United States*), ne sont plus considérées comme «obscènes» les œuvres qui ont une «valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique sérieuse».

(29) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964): la Cour annule une condamnation du *New York Times* qui s'en était pris ouvertement au commissaire Sullivan, sous couvert d'informations fausses ou grossièrement exagérées. La Cour considère en effet que «le débat sur les questions d'intérêt public doit être libre, vigoureux, largement ouvert et pouvoir éventuellement inclure des attaques véhémentes, caustiques et parfois cinglantes

contre des membres du gouvernement et des personnes investies d'une charge officielle».

(30) C'est nous qui soulignons.

(31) M. Scalia précise du reste que «même l'interdiction de réglementer le contenu de l'expression dont nous affirmons qu'elle est inscrite dans le Premier Amendement n'est pas absolue. Elle s'applique de manière différente selon qu'il s'agit d'une expression qui peut être proscrire ou d'une expression pleinement protégée. Ce qui justifie l'interdiction générale après tout, c'est la peur que la discrimination portant sur le contenu «n'éveille le spectre d'un gouvernement qui pourrait très efficacement pousser certaines opinions ou points de vue hors du marché des idées» (*Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105, (1991)) [...]. Ainsi, un État peut-il choisir de n'interdire que cette forme d'obscénité qui est manifestement la plus choquante dans son appel à l'instinct sexuel, celle, par exemple, qui illustre les représentations les plus lascives de l'activité sexuelle. Mais il ne peut pas, par exemple, n'interdire que l'obscénité qui sert de support à des messages politiques offensifs». En d'autres termes, si certaines catégories de discours peuvent être prosrites, c'est à la condition de ne pas introduire, au sein de ces catégories, de distinctions qui traduiraient la volonté d'empêcher indirectement, au nom de l'obscénité, certains discours en réalité combattus pour un motif autre que la seule obscénité; à ce titre, le Premier Amendement continue d'avoir son mot à dire à propos de l'usage de ces catégories.

(32) Si l'on suit la logique selon laquelle l'obscénité est une catégorie d'expression exclue de toute protection du Premier Amendement.

(33) *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105, 116 (1991).

exemple, à l'égard de certaines idées politiques, ou syndicales, ou sexuelles comme l'homosexualité — ne sont pas concernés». Pour reprendre l'exemple cité par le juge, tout en respectant l'ordonnance, on pourrait traiter tous les «bigots anticatholiques» de «bâtards», mais pas les «papistes», car cela reviendrait «à insulter ou à inciter à des actes de violences "pour des motifs tirés de la religion"», ce qui aboutirait à «autoriser les uns à combattre en suivant la règle "tous les coups sont permis" et imposer aux autres de se battre en se conformant aux règles du Marquis de Queensberry».

Dès lors, «ce dont il s'agit ici, il faut insister, ce n'est pas une interdiction de provocations verbales dirigées contre certaines personnes ou certains groupes (laquelle serait *a priori* valide si elle satisfaisait aux critères de la clause d'égalité de protection du droit), mais plutôt une interdiction des provocations verbales qui contiennent, comme la Cour suprême du Minnesota l'a répété en y insistant, des messages de haine motivés par des préjugés et, en particulier, comme c'est le cas en l'espèce, "des messages fondés sur de virulentes notions de suprématie raciale"».

«La *discrimination de contenu* que contient l'ordonnance de Saint Paul ne correspond à aucune des exceptions spécifiques au Premier Amendement», ni à «une exception plus générale qui ne menacerait pas de censurer les idées. Elle ne tombe certainement pas dans l'exception aux discriminations de contenu, fondée sur ces raisons précises qui permettent d'interdire une catégorie d'expression (ici les provocations verbales). [...] les provocations verbales sont catégoriquement exclues de toute protection du Premier Amendement non parce que leur contenu véhicule une certaine idée, mais parce que ce contenu est communiqué sur un *mode* particulièrement intolérable (et socialement inutile) d'exprimer *n'importe quelle* idée que l'orateur a envie de dire». Or en l'espèce, l'ordonnance ne vise pas, de manière générale, les provocations verbales qui communiquent sur un mode menaçant mais interdit les provocations verbales qui communiquent des messages d'intolérance raciale, sexiste ou religieuse.

L'ordonnance est donc «frappée de nullité absolue en ce qu'elle interdit une expression, licite par ailleurs, en se fondant uniquement sur les sujets dont elle traite». La Cour précise, par l'opinion du juge Scalia, que, malgré l'inconstitutionnalité de l'ordonnance, elle n'adhère évidemment pas au comportement de R.A.V.: «Qu'il n'y ait ici aucun malentendu! Le fait de brûler une croix dans un jardin d'autrui est à nos yeux quelque chose de répré-

hensible. Mais la ville de Saint-Paul a bien d'autres moyens à sa disposition pour prévenir de tels comportements sans avoir besoin d'ajouter le Premier Amendement au bâcher».

— *Opinion individuelle du juge White à laquelle se joignent les juges Blackmun et O'Connor*

«Selon des décisions bien établies par la Cour, il existe certaines expressions qui relèvent elles-mêmes de quelques catégories limitées d'expressions qui s'avèrent tellement vides des valeurs protégées par le Premier Amendement que la Constitution ne leur accorde aucune protection». Le juge White, contrairement au juge Scalia, adhère pleinement à l'approche par catégories et fait explicitement référence à la jurisprudence *Chaplinsky*.

Certaines catégories d'expressions peuvent être interdites sur la base de leur contenu. Il reprend ainsi l'exemple mentionné dans *Schenk v. United States*⁽³⁴⁾: crier «au feu» sans raison dans un théâtre n'est pas protégé par le Premier Amendement. Tels sont également les cas de la pédophilie et de l'obscénité⁽³⁵⁾, ainsi que des écrits diffamatoires, exceptions faites des considérations spéciales lorsqu'il s'agit de personnages officiels ou publics⁽³⁶⁾. «*Toutes ces catégories se définissent par leur contenu*. Et si comme l'a décidé la Cour, le Premier Amendement ne s'applique pas à elles, c'est parce que leur contenu expressif est d'un intérêt nul ou minime pour la société⁽³⁷⁾. [...] "à l'intérieur de ces catégories, le mal à combattre écrase si lourdement l'intérêt de l'expression, si tant est qu'elle en ait un, qu'il n'y a nul besoin de recourir à une analyse au cas par cas"⁽³⁸⁾». Il existe bien une *approche par catégories* de la liberté d'expression: pour certaines, le gouvernement peut librement réglementer; pour d'autres, il doit prouver un intérêt impérieux pour le faire.

Quant à l'argument du juge Scalia, selon lequel «le gouvernement ne peut pas réglementer [ces provocations] sur la base de son hostilité ou de sa sympathie pour les idées qu'elle véhicule» et donc que, s'il veut punir pénalement certaines provocations verbales, il doit les punir toutes, le juge White répond qu'«une interdiction de toutes ces provocations ou d'une catégorie d'entre elles seulement éliminerait uniquement le mal que le discours de haine cause à la société, sans créer le danger de pousser hors du marché des idées certaines opinions ou certains points de vue. [...] En vérité, à caractériser les provocations verbales comme une forme de "débat", la majorité en arrive à légitimer le discours de haine comme une forme de débat public».

(34) 249 U.S. 47, 52 (1919).

(35) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 764 (1982); *Milner v. California*, 413 U.S. 15, 20 (1973); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484-485 (1957).

(36) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 763 (1982).

(37) Référence à la jurisprudence *Chaplinsky*.

(38) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 763-764 (1982).

Si le juge White n'est pas d'accord avec le raisonnement de la majorité, il en partage toutefois la conclusion: l'ordonnance est bien inconstitutionnelle, non parce qu'elle réglerait le contenu de certaines expressions mais pour cause de portée excessive: «Bien que l'ordonnance, interprétée comme elle l'est, atteigne des formes d'expressions qui ne sont pas constitutionnellement protégées, elle incrimine aussi une substantielle partie d'expressions qui – aussi choquant cela soit-il – sont protégées par le Premier Amendement». La Cour du Minnesota autorisait en effet Saint-Paul à interdire des expressions qui inspirent «de la colère, de la frayeur ou du ressentiment», ce qui est excessif et contraire à la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. En effet, «le simple fait qu'un acte expressif blesse des sentiments, cause un dommage, ou suscite un ressentiment ne suffit pas à retirer sa protection à une expression protégée»⁽³⁹⁾. Le juge White clôture son raisonnement par une sortie remarquée en concluant: «Je rejoins le jugement mais certainement pas la folie de l'opinion».

– Opinion individuelle du juge Stevens à laquelle se joignent les juges White et Blackmun

Tandis que la jurisprudence *Chaplinsky* abordait la question selon une *approche par catégories*, la Cour tente aujourd'hui de réviser cette approche. «Mais, d'une manière générale, toute notre jurisprudence sur le Premier Amendement a créé un régime fondé sur le contenu de l'expression». Une forme de hiérarchie entre les discours protégeables a été établie au fil du temps avec, au sommet de l'échelle, l'expression politique, la plus protégée, suivie ensuite d'une «deuxième zone», comprenant la publicité et l'érotisme, pouvant donc faire l'objet de restrictions et, enfin, une dernière catégorie, incluant l'obscénité et les provocations verbales, faisant l'objet de la moindre protection.

«À supposer que la Cour ait raison quand elle dit que cette dernière catégorie n'est pas totalement dénuée de toute protection, il n'en résulte très certainement pas que les provocations verbales et l'obscénité reçoivent la même sorte de protection que celle dont bénéficie l'expression politique pure. Et pourtant, en décidant que le contenu de l'expression susceptible d'être proscrite n'est pas une base légitime de réglementation, la Cour parvient exactement à ce résultat».

Le juge Stevens est largement d'accord avec le juge White mais il nourrit des réserves sur l'approche par catégories. «*A priori*, l'approche par caté-

gories pour définir le régime du Premier Amendement ne manque pas de séduction: ou l'expression est protégée, ou elle ne l'est pas [...]. Mais cette approche sacrifie la subtilité et la clarté et s'avère au final spéculative. [...] Il y a très peu de lignes claires et nettes dans le droit du Premier Amendement et, à tout vouloir ranger dans des catégories, on arrive inévitablement à brouiller les frontières. Nos définitions de l'obscénité [...] ne l'illustrent que trop bien».

«Seul le *contexte* détermine le sens d'une expression et le besoin de la réglementer». Le juge Stevens fait notamment référence aux propos tenus par le juge Holmes dans le cadre de l'affaire *Townes v. Eisner*⁽⁴⁰⁾: «un mot n'est pas un cristal, transparent et inchangé, c'est la peau d'une pensée vivante qui peut varier en couleur et en intensité au gré des circonstances et du moment où il est employé».

L'approche par catégories amène à définir les limites en inventant indéfiniment de nouvelles catégories (catégories de lieux: lieu public, à public limité, non public, etc.) ou en subdivisant des catégories existantes (catégories intermédiaires telles que l'indécence ou la publicité) – ce qui finit par devenir «ingérable». «La quête de catégories absolues d'expressions "protégées" et "non protégées" est en fin de compte un exercice vain».

«À l'inverse du juge White, je ne pense pas que les provocations verbales échappent à toute protection du Premier Amendement. [...] Il est significatif que [la Cour] réglemente l'expression, non sur la base de son contenu ou du point de vue qu'elle exprime, mais sur la base du *mal que l'expression cause*». Le juge Stevens est cependant d'accord avec la conclusion du juge White selon laquelle l'ordonnance est de portée excessive, sinon, il l'aurait validée.

E. *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343 (2003)

À la suite de l'arrêt *R.A.V. v. Saint Paul*, de nombreux observateurs ont cru que la Cour n'accepterait plus de valider une loi qui réprimerait des propos haineux d'un certain contenu⁽⁴¹⁾. Elle contredit pourtant ce pronostic en 2003, en validant la disposition d'une loi de l'État de Virginie interdisant à «toute personne [...] avec l'intention d'intimider une personne ou un groupe de personnes [...] de brûler une croix sur la propriété d'un autre, sur une route ou sur tout endroit public». Dans son arrêt, la Cour suprême conclut en effet qu'un «État peut, en conformité avec le Premier Amendement, interdire le fait

(39) *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, 319 (1990); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 409 (1989).

(40) 245 U.S. 418, 425 (1918).

(41) E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 728.

de brûler une croix (*cross burning*) avec l'intention d'intimider». Ce qui pourrait passer pour un revirement de jurisprudence ne l'est, en fin de compte, pas du point de vue du raisonnement juridique adopté. Contrairement à la loi en cause dans l'arrêt *R.A.V.*, la loi de l'État de Virginie ne réprime pas les intimidations en fonction des motifs qui sous-tendent la menace⁽⁴²⁾, mais uniquement du mode par lequel la menace est communiquée. Or si l'histoire des croix enflammées est inextricablement liée au Ku Klux Klan, «au regard des faits, il n'est pas vrai que ceux qui brûlent des croix visent à intimider exclusivement les minorités raciales ou religieuses». La Cour cite ainsi l'exemple d'une croix brûlée dans le but de menacer des membres d'un syndicat ou encore le cas d'un avocat qui avait préalablement défendu l'auteur mais qui était désormais en train de le poursuivre dans le cadre d'une autre affaire. Enflammer une croix est donc un *mode* d'intimidation *neutre* quant à ses destinataires; cet acte ne vise pas exclusivement la population afro-américaine, mais peut être utilisé pour menacer tout type de personnes⁽⁴³⁾.

«Au lieu d'interdire tous les messages intimidants, l'État de Virginie peut choisir de se limiter à ce sous-ensemble de messages d'intimidation, à la lumière de la longue et pernicieuse histoire des croix enflammées dans le but d'envoyer un signal de violence imminente. Ainsi, tout comme un État peut se limiter à réglementer l'obscénité qui est la plus obscène en raison de son contenu lubrique, un État peut également choisir d'interdire uniquement les formes d'intimidations qui sont les plus susceptibles d'inspirer la crainte d'agression physique», en l'occurrence les croix enflammées. L'interdiction de brûler une croix avec l'intention d'intimider est donc «pleinement compatible avec le propos que nous avons tenu dans *R.A.V.* et peut faire l'objet d'une interdiction sous le Premier Amendement».

Par contre, la disposition de la loi de l'État de Virginie stipulant que «l'acte de brûler une croix *présume*⁽⁴⁴⁾ l'intention d'intimider une personne ou un groupe de personnes (*prima facie evidence*)» est, de son côté, inconstitutionnelle⁽⁴⁵⁾. En effet, si le fait de brû-

ler une croix a souvent été utilisé aux fins de menacer certains individus, son but se limite parfois à partager une idéologie. «Brûler une croix peut signifier qu'une personne se livre à des actes d'intimidation pouvant faire l'objet d'interdiction au regard de la Constitution. Mais ce même acte peut seulement signifier que la personne est engagée au cœur d'un discours politique. La présomption d'intimidation dans cette loi brouille la ligne entre ces deux significations [...]. Comme l'histoire des croix enflammées le démontre, brûler une croix n'est pas toujours réalisé dans l'intention d'intimider. Parfois, le fait de brûler une croix consiste à affirmer une idéologie, un symbole de la solidarité du groupe. C'est un rituel utilisé lors des rassemblements du Klan et pour représenter le Klan lui-même. Ainsi, "[b]rûler une croix lors d'un rassemblement politique serait très certainement une expression protégée"⁽⁴⁶⁾. La disposition selon laquelle le simple fait de brûler une croix *présume* l'intention d'intimider est donc inconstitutionnelle au regard du Premier Amendement, car elle revient à étendre l'interdiction à certaines expressions pourtant protégées par la liberté d'expression (tel que le fait de brûler une croix pour transmettre une idéologie ou affirmer une identité par exemple).

La Cour fait enfin remarquer qu'«il peut être vrai que le fait de brûler une croix, même lors d'un rassemblement politique, suscite un sentiment de colère ou de haine parmi la grande majorité des citoyens qui voient une telle croix brûler. Mais ce sentiment de colère ou de haine ne suffit pas pour interdire tous les actes qui consistent à brûler des croix».

F. *Snyder v. Phelps et al.*, 562 U.S. 443 (2011)

Lors des funérailles du marine Matthew Snyder, dont l'homosexualité avait été révélée, la congrégation de l'église catholique *Westboro Baptist Church*, composée de Fred Phelps et de six de ses fidèles⁽⁴⁷⁾,

(42) L'ordonnance dont il était question dans *R.A.V. v. Saint Paul* visait en effet les menaces dont les motifs étaient fondés sur «la race, la couleur de peau, les croyances, la religion ou le genre», or c'est cette discrimination de contenu qui posait problème, pas l'interdiction du mode par lequel était communiquée la menace, en l'occurrence le fait de brûler une croix.

(43) Par ailleurs, la Cour soutient également que, dans l'arrêt *R.A.V.*, elle «n'a pas considéré que le Premier Amendement interdit *toutes* formes de discriminations parmi les catégories de discours pouvant faire l'objet d'une interdiction. En vérité, [elle] a expressément déclaré que certains types de discrimination de contenu ne violent pas le Premier Amendement».

(44) C'est nous qui soulignons.

(45) Dans son raisonnement, la Cour se réfère à l'interprétation de cette disposition par la Cour de l'État de Virginie (lorsqu'elle donna les instructions au jury), qui énonce que le fait en soi de brûler une croix est une preuve suffisante à partir de laquelle peut être déduite l'intention d'intimidation. Or comme nous l'avons vu dans l'arrêt *Terminiello v. Chicago* (*supra*, B), une telle interprétation lie la Cour.

(46) *R.A.V. v. St Paul*, 505 U.S. 377, 402 (opinion concurrente du juge White)

(47) Deux de ses filles et quatre de ses petits-enfants plus précisément.

décida de se rendre sur place pour manifester son mécontentement. Adeptes de ce genre d'événements⁽⁴⁸⁾, la congrégation croit fermement que Dieu déteste et punit l'Amérique pour sa tolérance envers les homosexuels, en particulier au sein de l'armée. Munis de pancartes affichant des slogans tels que «Dieu déteste les pédés», «Dieu déteste l'Amérique», «Merci Dieu pour les soldats décédés», etc., ils s'installèrent dans un espace public le long de la route, à environ trois cents mètres de l'église où se déroulaient les funérailles, en chantant des hymnes et récitant des versets bibliques. Aucun des manifestants n'entra dans l'église ni au cimetière et aucun acte de violence physique ne fut constaté. Si le père de Snyder, appelant, certifia avoir aperçu les piquets, il ne fut mis au courant du contenu des slogans que plus tard dans la soirée, en découvrant à la télévision une émission qui couvrait l'événement.

M. Snyder attaqua M. Phelps en justice pour lui demander réparation des dommages subis, en particulier pour «détresse émotionnelle». Condamné à verser un montant très élevé de dommages et intérêts en première instance, le jugement fut réformé en appel – la Cour considérant que ces manifestations étaient couvertes par la protection du Premier Amendement.

La Cour suprême décida d'articuler son raisonnement autour de la dichotomie entre les discours d'intérêt public ou privé (*public or private concern*) – les premiers bénéficiant d'une plus large protection que les seconds⁽⁴⁹⁾. Si la Cour reconnaît que la frontière est floue, elle considère toutefois que certains grands principes se sont détachés de sa jurisprudence afin d'opérer cette distinction : «[u]n discours traite de questions d'intérêt public quand il peut "être clairement considéré comme se rapportant à toute question d'intérêt politique, social ou concernant la communauté"⁽⁵⁰⁾, ou lorsqu'il s'agit [...] "[d']un sujet d'intérêt général qui préoccupe le public"⁽⁵¹⁾». La Cour précise ensuite que le «caractère inapproprié ou controversé d'une déclaration est sans rapport avec la question de savoir si elle porte sur une question d'intérêt public»⁽⁵²⁾. Elle conclut en considérant que l'intérêt public ou privé du discours doit être examiné au vu du «contenu, de la forme et du contexte».

En ce qui concerne le contenu, bien que la Cour souligne que les slogans inscrits sur les pancartes ne peuvent être définis comme des commentaires politiques raffinés, la question «des conduites poli-

tiques et morales des États-Unis et de ses citoyens, du sort de notre Nation, de l'homosexualité dans l'armée et des scandales évoquant l'Église catholique sont des matières d'importance publique». Quant au contexte, le fait que la manifestation soit liée aux funérailles de M. Snyder n'en dénature pas pour autant le caractère de discours. Ce discours, tenu depuis très longtemps par Westboro, ne consistait pas en une attaque personnelle envers M. Snyder, d'autant plus qu'il n'y avait pas eu de conflit préalable. Westboro a certes choisi cet emplacement pour accroître sa visibilité et son discours a pu s'avérer particulièrement blessant pour l'appelant, mais ceci ne doit pas avoir pour conséquence de diminuer la protection accordée par le Premier Amendement.

«Étant donné que le discours de Westboro fut prononcé dans un lieu public et concernait une question d'intérêt public, ce discours doit faire l'objet d'une "protection spéciale" en vertu du Premier Amendement. Un tel discours ne peut être limité par la simple raison qu'il est bouleversant ou suscite le mépris. S'il existe un principe fondamental qui sous-tend le Premier Amendement, c'est que le gouvernement ne peut pas interdire l'expression d'une idée tout simplement parce que la société trouve cette idée offensante ou désagréable⁽⁵³⁾ [...]».

«Le jury a en l'espèce été informé qu'il pourrait tenir Westboro pour responsable du fait d'avoir infligé intentionnellement une détresse émotionnelle fondée sur le constat que le piquet de Westboro était "outrageant" (*outrageous*). Or le terme "outrageant" est un standard très malléable, "dont la subjectivité inhérente à ce sujet permettrait à un jury d'imposer la responsabilité sur la base des goûts et vues des jurés, voire sur la base de leur aversion envers certaines expressions"⁽⁵⁴⁾. Dans un cas comme celui-ci, un jury est "peu enclin à la neutralité au vu du contenu du discours", posant "un réel danger de devenir un instrument pour la suppression des expressions véhémentes, caustiques et parfois déplaisantes"⁽⁵⁵⁾. Un tel risque est inacceptable; "[d]ans le débat public [nous] devons tolérer les discours insultants, et même scandaleux, afin de fournir un espace de respiration adéquat pour les libertés protégées par le Premier Amendement"⁽⁵⁶⁾».

«Westboro pense que l'Amérique est moralement corrompue; de nombreux Américains pourraient ressentir la même chose à propos de Westboro. L'organisation d'un piquet lors de funérailles est certainement nuisible et sa contribution au débat

(48) En plus de vingt ans, cette congrégation a organisé près de six cents manifestations similaires lors de funérailles.

(49) *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 145 (1983).

(50) *Ibid.*

(51) *San Diego v. Roe*, 543 U.S. 77, 83 (2004).

(52) *Rankin v. McPherson*, 483 U.S. 378, 387 (1987).

(53) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 (1989).

(54) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S., 46 (1988).

(55) *Bose Corp. v. Consumers Union*, 466 U.S., 485 (1984).

(56) *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 322 (1988).

public peut être négligeable. Mais Westboro traite de sujets d'intérêt public dans des lieux publics, de manière pacifique, en conformité avec les directives des autorités locales. Le discours a certes été prévu pour coïncider avec les funérailles de Matthew Snyder, mais n'a pas perturbé ces funérailles, et le choix de Westboro de mener son piquet à ce moment et en ce lieu ne modifie pas la nature de son discours.

La parole est puissante. Elle peut inciter les gens à agir, leur tirer des larmes de tristesse ou de joie, et – comme ce fut le cas en l'espèce – infliger de grandes douleurs. Face à ces faits, nous ne pouvons réagir à cette douleur en punissant le locuteur. En tant que Nation, nous avons choisi une voie différente – afin de protéger les discours, bien que blessants, sur les questions publiques pour s'assurer de ne pas étouffer le débat public. Ce choix exige que nous protégeions Westboro de toute responsabilité délictuelle pour le piquet organisé en l'espèce».

III. La jurisprudence de la Cour suprême à l'épreuve de la philosophie du langage

À lire les arrêts de la Cour suprême en matière de *hate speeches* et les commentaires qu'ils ont suscités dans la doctrine américaine, le point central du débat – à savoir l'étendue de la protection du Premier Amendement – semble conditionné par la portée des discours ou des énoncés formulés : semblent devoir être exclus du bénéfice de la liberté d'expression ceux d'entre eux qui emportent des conséquences négatives sur la réalité extralinguistique, en raison des risques d'atteintes à l'ordre public, de troubles sociaux ou de violences physiques qu'ils feraient peser du fait même de leur formulation. De tels discours ne se borneraient donc pas à véhiculer des idées mais agiraient directement (et nocivement) sur la réalité sociale : pas seulement des énoncés discursifs donc, mais aussi des actes. En tant qu'ils seraient des actes, et non exclusivement des mots, la protection du Premier Amendement pourrait leur être déniée. Une telle discussion entre en singulière résonance, dans la tradition analytique anglo-saxonne, avec les travaux d'Austin sur le langage ordinaire⁽⁵⁷⁾ et leur postérité. C'est à l'un des usages possibles de ses théories – précisément inspiré, entre autres, par la jurisprudence de la Cour suprême – que nous voudrions consacrer les lignes qui suivent. On doit en effet à la philosophe américaine Judith Butler un

ouvrage particulièrement stimulant consacré à la question, qui interroge la pertinence de l'approche strictement juridique des discours de haine⁽⁵⁸⁾. Après avoir brièvement rappelé les principaux concepts employés par Austin, tels que reformulés le cas échéant par Butler (A), il conviendra d'en faire application aux principaux développements jurisprudentiels et doctrinaux en matière de *hate speeches* (B), avant de synthétiser les critiques de la philosophe à l'encontre d'une conception exclusivement juridique du traitement des agressions verbales (C).

A. Austin revisité par Butler : de l'opposition constatifs/performatifs à la tripartition locutoire/illocutoire/perlocutoire

À «l'illusion descriptive»⁽⁵⁹⁾, selon laquelle la fonction de tout énoncé consisterait à «décrire un état de choses» ou à «affirmer un fait quelconque»⁽⁶⁰⁾, Austin commence par opposer, dans un premier temps, une distinction, au sein du langage ordinaire, entre les énoncés qu'il qualifie de «constatifs» et ceux qu'il qualifie de «performatifs». Lorsque nous parlons, nous ne nous limitons pas toujours à décrire la réalité : le langage n'est pas uniquement un instrument de *description* du réel. Parfois, il *agit* sur la réalité, il la modifie. Le type d'énoncés n'est donc pas le même selon que le langage sert à décrire ou à agir. Dans le premier cas, l'on a affaire à de simples énoncés *constatifs* (par exemple : «Il pleut aujourd'hui à Bruxelles»); dans le second, l'on se trouve confronté à des énoncés *performatifs* : les mots prononcés ou formulés «réalisent» (*perform*) alors quelque chose. Ainsi, lorsque l'officier de l'état civil proclame «Je vous déclare unis par les liens du mariage», son énoncé ne se borne pas à constater une réalité ; à proprement parler, c'est cet énoncé qui *constitue* cette réalité : c'est *parce que* l'autorité compétente a prononcé cet énoncé dans les conditions prévues et *au moment où* elle l'a prononcé que les deux êtres humains plantés devant elle sont devenus époux. Dans une telle hypothèse donc, «dire, c'est faire», ce qui revient en d'autres termes à «faire des choses avec des mots» (*How to do things with words* est le titre original de l'ouvrage d'Austin).

Ce constat paraîtra familier aux juristes tant il est vrai que le domaine du langage probablement le plus saturé d'énoncés performatifs est le discours juridique. Il en va d'abord ainsi pour l'ensemble des énoncés juridiques individuels, c'est-à-dire

(57) J.L.A. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Le Seuil, 1970.

(58) J. BUTLER, *Le pouvoir des mots. Politique du performatif*, Paris, éd. Amsterdam, 2004.

(59) J.L.A. AUSTIN, *op. cit.*, p. 39.

(60) *Ibid.*, p. 37.

destinés à une ou plusieurs personne(s) nommément désignée(s) : tel est le cas d'un jugement (par exemple, «Je vous condamne à telle peine» est un énoncé performatif, qui réalise ce qu'il prononce au moment même où il est prononcé) ou d'un acte administratif individuel (par exemple, l'octroi d'un permis de construire modifie, du simple fait de sa délivrance, la situation de l'administré qui l'obtient). Toutefois, c'est également le cas pour les énoncés généraux et abstraits (par exemple, les lois ou les règlements) : chacun de ces énoncés, dès qu'il est émis, agit sur la réalité, puisqu'il impose à ses destinataires tel comportement ou telle abstention ou bien leur confère telle liberté ou tel droit. Le droit est en quelque sorte le royaume des performatifs.

Seuls les énoncés constatifs peuvent être vrais ou faux (dans le sens de la vérité-correspondance), selon qu'ils correspondent ou non à la réalité qu'ils prétendent décrire. Les performatifs, eux, sont considérés comme «heureux» ou «malheureux», selon qu'ils ont ou non agi sur la réalité comme leurs auteurs entendaient qu'ils le fissent, c'est-à-dire s'ils sont couronnés de succès ou non. Ainsi, pour être heureux, un performatif doit respecter certaines conditions, obéir à certaines modalités, être prononcé dans certaines circonstances, s'inscrire dans un certain rituel, etc. Par exemple, le juge qui, le matin devant sa glace, répète «Je vous condamne» pour le prononcer avec l'intonation et le volume qui conviennent à l'audience qui suivra, n'obtiendra aucun changement de la réalité. De même, si le «Je vous déclare unis par les liens du mariage» est prononcé par le concierge de la maison communale, déguisé en officier de l'état civil un 1^{er} avril, l'état matrimonial ne caractérisera pas encore les deux personnes devant qui cette phrase serait émise. Dans tous ces cas, les performatifs sont déclarés «malheureux». Autre est évidemment la situation si les énoncés «Je vous condamne» ou «Je vous déclare unis par les liens du mariage» sont prononcés dans les conditions qui leur permettent de transformer la réalité (le juge dirige son audience, l'officier de l'état civil enchaîne les cérémonies matrimoniales du samedi matin). Les performatifs sont alors dits «heureux». Ce qui les rend heureux, c'est-à-dire le fait qu'ils «font» dans la réalité ce qui était attendu d'eux, tient à ce qu'un certain nombre de «conventions» (juridiques, sociales, etc.), pour reprendre l'expression d'Austin, ont été respectées, qui confèrent aux mots employés leur pouvoir de modifier la réalité et à défaut desquelles ce pouvoir reste lettre morte.

Dans un second temps, toutefois, Austin remet en cause la distinction constatifs/performatifs, au motif que, à bien y réfléchir, nous «faisons» toujours quelque chose en parlant. Il est vain de distinguer

les paroles et les actes car, parmi les actes que nous effectuons, il y a désormais la catégorie des «actes de langage» et, chaque fois que nous parlons (même lorsque nous prétendons nous borner à affirmer quelque chose à propos de la réalité), nous agissons. D'abord, nous cherchons à formuler des énoncés qui ont un sens et qui sont susceptibles, en conséquence, d'être compris par ceux à qui nous nous adressons : c'est la force *locutoire* d'un énoncé. Ensuite, un énoncé peut revêtir une dimension performative, c'est-à-dire qu'il réalise quelque chose dans la réalité extralinguistique par le simple fait d'être formulé (pour autant que certaines conventions aient été satisfaites) : le voici doté alors d'une force *illocutoire*. Enfin, ce même énoncé peut entraîner certains effets dans la réalité sociale qui, à la différence de la force illocutoire, ne dépendent pas du respect de conventions préalables et n'ont pas l'automaticité attachée à cette dernière en ce qu'ils sont subordonnés en plus ou moins grande partie au destinataire, à son psychisme, à sa situation sociale, etc. : telle est la dimension *perlocutoire* de certains énoncés.

Butler reformule la distinction illocutoire/perlocutoire de la manière suivante : «les actes illocutoires sont des actes qui en disant quelque chose le font ; les actes perlocutoires sont ceux qui produisent certains effets – un certain effet suit le fait de dire quelque chose. L'acte de discours illocutoire est lui-même la chose qu'il effectue ; l'acte perlocutoire entraîne certains effets qui ne se confondent pas avec l'acte de discours lui-même»⁽⁶¹⁾. En un certain sens, un acte de langage doté d'une force illocutoire correspond à ce qu'Austin appelait «performatif» dans le premier temps de sa démonstration.

B. Le débat sur les *hate speeches* reformulé à la lumière de la philosophie du langage

Pour essayer de reformuler dans une perspective austinienne la question de la protection du Premier Amendement en relation avec les *hate speeches*, Judith Butler s'interroge sur la force dont seraient spécifiquement investis les discours de haine : sont-ils dotés d'une force proprement illocutoire (c'est-à-dire qu'ils réaliseraient ce qui est attendu d'eux par le locuteur par le fait même qu'ils seraient prononcés) ou bien revêtent-ils une dimension simplement perlocutoire (c'est-à-dire qu'ils se borneraient à produire un certain effet dans la réalité sans pour autant réaliser automatiquement quelque chose du simple fait et au moment même de sa prononciation) ? Et de quelle force illocutoire (ou perlocutoire) pourrait-il bien s'agir alors ? C'est sur ce point que les diver-

(61) J. BUTLER, *op. cit.*, p. 23.

gences apparaissent entre la position adoptée par la Cour suprême dans certains de ses arrêts et une portion, disons «progressiste», de la doctrine américaine. Du reste, au sein même de la Cour suprême, le statut des discours de haine à l'aune de la tripartition locutoire/illocutoire/perlocutoire fait débat.

Pour la majorité des membres de la Cour dans l'arrêt *R.A.V. v. Saint Paul*⁽⁶²⁾, le *hate speech* ne peut être exclu de la protection du Premier Amendement au motif de son contenu. Toutefois, des circonstances particulières accompagnant l'énoncé injurieux sont de nature à entraîner, dans la réalité extralinguistique, des effets d'une particulière gravité (violences, troubles à l'ordre public, etc.): ainsi contextualisé, le discours de haine agit sur cette réalité. Tel est le sens que l'on peut donner, aujourd'hui encore, à la jurisprudence employant les critères de danger *manifeste* et *imminent*⁽⁶³⁾. Le simple fait de formuler un message à contenu haineux ne dote pas en lui-même ce dernier d'une force illocutoire. Certes, il peut entraîner certains effets dans la réalité et, notamment, dans le chef des destinataires (un sentiment d'humiliation, la crainte, une agression verbale en retour, etc.) mais ces effets-là sont aléatoires et non automatiques: le *hate speech* en tant que tel n'est donc doté que d'une force perlocutoire. Il reste essentiellement un discours (et non un acte) et bénéficie, à ce titre, de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. C'est ce qui conduit Judith Butler à affirmer que, selon la Cour, le fait de brûler une croix dans le jardin d'une famille noire n'est pas de ces actes illocutoires qui, seuls, autorisent à «jeter le Premier Amendement au feu» (pour reprendre la métaphore du juge Scalia).

Cette interprétation est néanmoins critiquable à la lumière de la jurisprudence ultérieure de la Cour. En effet, dans l'arrêt *Virginia v. Black*⁽⁶⁴⁾, la Cour a, nous l'avons vu, conclu à la non-violation du Premier Amendement à propos d'une réglementation de l'État de Virginie qui posait l'interdiction de brûler une croix avec l'intention d'intimider mais se gardait bien de se référer au contenu même du message d'intimidation. Ceci laisse à penser que, dans l'arrêt *R.A.V. v. Saint Paul*, il ne s'agissait pas tant de nier la force illocutoire de l'acte de brûler une croix que de contester la faculté, pour un État, d'interdire un tel acte prétexte pris du contenu du message véhiculé par ce dernier, plutôt que de s'en tenir aux seuls effets qu'il était de nature à entraîner. Le juge Scalia rappelle du reste, à la fin de son opinion, que le fait de brûler une croix dans le jardin d'autrui constitue bien un acte répréhensible mais qu'il existe d'autres moyens pour le réprimer qu'une restriction, selon

lui induit, de la liberté d'expression par référence au contenu des messages véhiculés.

Ce n'est donc que s'il est établi qu'un discours de haine, compte tenu des circonstances qui l'accompagnent ou du contexte qui l'entoure, a acquis une force illocutoire qu'il apparaît davantage comme une «conduite», un «acte» que comme un «discours» *sensu stricto* et échappe, pour cette raison, au champ d'application du Premier Amendement. Et ce caractère illocutoire tient à la menace imminente de violences ou de troubles à l'ordre public que fait peser l'énoncé contesté.

À tout prendre, c'est dans les opinions minoritaires des juges White et Stevens dans l'affaire *R.A.V.* que le caractère inconstitutionnel de l'ordonnance de la ville de Saint Paul est le plus exactement fondé sur l'absence de force illocutoire d'une bonne partie des énoncés incriminés: il n'est pas permis à une autorité publique d'interdire une catégorie d'expression au simple motif de la frayeur ou du ressentiment qu'inspire l'opinion proférée; il s'agit là, en effet, d'un simple effet perlocutoire, insuffisant à justifier la prohibition. Pour interdire, précise le juge Stevens, il faut avoir égard au «mal que l'expression cause» et ce mal doit être «objectivement» déterminé (menace d'un dommage grave et imminent, tel que des violences ou des troubles à l'ordre public). De ce point de vue, «seul le contexte détermine le sens d'une expression et le besoin de la réglementation».

La Cour insiste à nouveau, dans ses arrêts ultérieurs, sur le contexte extralinguistique pour déterminer si une expression est dotée de l'effet illocutoire autorisant à l'interdire. Ainsi, dans l'arrêt *Virginia v. Black*, elle considère inconstitutionnelle la présomption consistant à attacher *ipso facto* un caractère de menace imminente au fait de brûler une croix, au motif que la signification de l'énoncé dépend en fin de compte du contexte dans lequel celui-ci est prononcé. Le contexte correspond, selon nous, à ce qu'Austin appelle les «conventions» nécessaires pour assurer l'efficacité performative d'un acte de langage. Suivant la jurisprudence *Virginia v. Black*, l'acte a donc tantôt un effet illocutoire et peut être interdit, tantôt un effet perlocutoire (utilisé dans le contexte d'une manifestation politique, il peut certes créer un sentiment de colère ou de haine dans le chef de citoyens qui voient la croix brûler) et ne peut alors être prohibé, fût-ce par l'intermédiaire d'une présomption légale. C'est aussi le contexte qui, selon l'arrêt *Snyder v. Phelps et al.*, permet de déterminer l'intérêt public ou privé d'un discours et le plus ou moins haut degré de protection constitutionnelle⁽⁶⁵⁾.

(62) *Supra*, II.D.

(63) Voy. *supra*, les arrêts *Terminiello v. Chicago* (I.A) et, dans une certaine mesure, *Brandenburg v. Ohio* (I.C): provocation à l'action illégale imminente.

(64) *Supra*, II.E.

(65) *Supra*, II.F.

La doctrine opposée à l'arrêt *R.A.V. v. Saint Paul* et, plus largement, les tenants d'une exclusion plus directe des discours de haine de la sphère du Premier Amendement insistent, quant à eux, sur leur dimension radicalement performative, quoique dans une tout autre perspective que celle de la Cour⁽⁶⁶⁾. La performativité du *hate speech* ne se mesurerait pas (ou pas uniquement) en fonction du risque de troubles ou de violences qu'il serait susceptible d'entraîner mais bien par l'effet de reconduction et de perpétuation des structures de domination à l'œuvre dans la société. Ce serait par exemple le cas en ce qui concerne les énoncés racistes : l'utilisation de mots blessants à l'égard de la communauté noire ou de ses membres, la reprise, dans le langage, de l'infériorisation dont ils furent longtemps victimes, assureraient automatiquement la perpétuation de cette situation de subordination sociale et seraient en quelque sorte constitutives désormais de cette subordination : en ce sens, un message raciste est d'emblée investi d'une force illocutoire⁽⁶⁷⁾. Le même mode de raisonnement a également pu être utilisé à propos des propos homophobes.

Le point commun à ces diverses hypothèses tient en ceci que l'existence, dans le champ des énoncés circulant dans une société donnée, de discours de haine provoquerait, dans le chef de ceux qui en sont victimes, une perpétuation et une consolidation d'une infériorisation sociale qui ne leur permettraient pas d'user de leurs droits fondamentaux comme les autres citoyens et empêcherait, en particulier, l'application de la Clause d'égalité protection⁽⁶⁸⁾. Au premier rang des droits fondamentaux inégalement répartis entre les citoyens, il y aurait alors la liberté d'expression elle-même : certaines catégories minoritaires sont en effet bien plus souvent touchées que le reste de la population par des propos haineux. Les cibles systématiques des discours de haine voient ainsi leur statut social rabaisé, tout comme le poids de leurs voix dans le débat public – ce qui est de nature à conduire à un problème de légitimité des lois démocratiquement adoptées. D'une certaine manière donc, la liberté d'expression absolue empiète inévitablement sur la liberté d'expression des catégories de la population discréditées par les discours de haines. Dans cette perspective, l'interdiction des *hate speeches* constituerait une condition *sine qua non* de l'égalité réelle, en ce compris sur le marché des idées.

(66) Sous réserve, peut-être, de l'opinion minoritaire du juge White dans l'affaire *R.A.V.* lorsqu'il écrit qu'«une interdiction de toutes ces provocations ou d'une catégorie d'entre elles seulement éliminerait uniquement le mal que le discours de haine cause à la société, sans créer le danger de pousser hors du marché des idées certaines opinions ou certains points de vue. [...] En vérité, à caractériser les provocations verbales comme une forme de "débat", la majorité en arrive à légitimer le discours de haine comme une forme de débat public» (*supra*, II.D).

Il existe ainsi, dans la doctrine américaine, un mouvement en faveur d'une plus grande fermeté à l'encontre des discours de haine, prenant la forme d'un appel, adressé aux juridictions – en particulier à la Cour suprême –, en faveur de l'interdiction de pareils énoncés, appuyée par un arsenal de sanctions en cas de méconnaissance de l'injonction prohibitive. En tout état de cause, il conviendrait de retirer à de tels discours la protection du Premier Amendement. Une telle interdiction ne saurait en effet être assimilée à une censure, au sens juridique, voire politique, du terme. Celle-ci en effet joue comme une atteinte à la liberté d'expression, laquelle protège les discours. Or, les *hate speeches* ne sont pas, dans cette présentation, de simples discours ; ce sont avant tout et essentiellement des conduites, des actes. Les interdire ne reviendrait donc pas à une censure ni à une restriction de la liberté d'expression.

Entre les deux thèses (plus exactement, les deux catégories de thèses), d'apparence opposées, il y a toutefois un point commun : c'est que des énoncés (soit en raison des circonstances l'accompagnant – selon la Cour –, soit en raison de leur seul contenu – selon la doctrine «progressiste») seraient dotés d'une véritable force illocutoire et constitueraient dès lors des performatifs *ipso facto* heureux, dont les conséquences immédiates sur la réalité sociale justifieraient l'exclusion de la protection du Premier amendement. L'interdiction de tels performatifs serait d'autant moins attentatoire à la liberté d'expression qu'il faudrait donc y déceler essentiellement des actes ou des conduites, dont la seule spécificité serait d'être réalisés au moyen de mots (ceux-ci n'étant que les instruments de ceux-là). Ce point commun est vivement critiqué par Butler, comme nous allons le voir maintenant.

C. De l'inadaptation d'un traitement juridique des *hate speeches*

Les remarques de Butler s'adressent essentiellement aux critiques «progressistes» de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de discours de haine – ce qui n'empêche pas cette dernière d'en prendre aussi pour son grade. Elles se déclinent en trois points.

Ce faisant, White semble admettre la nocivité sociale des *hate speeches*, au-delà des risques de violence et de troubles à l'ordre public qu'ils risquent de provoquer.

(67) Voy. notamment M.J. MATSUDA, C.R. LAWRENCE III, R. DELGADO, K. WILLIAMS CRENSHAW (dir.), *Words that wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, Boulder, Westview Press, 1993.

(68) Contenue dans le Quatorzième Amendement de la Constitution.

1. Les *hate speeches* peuvent-ils être réellement des «performatifs souverains» ?

Lorsque l'on affirme, dans l'optique de la Cour, que, véhiculés dans un certain contexte ou moyennant certains moyens, un discours injurieux est porteur de dangers immédiats pour la réalité extralinguistique ou bien, sur le registre d'une partie «progressiste» de la doctrine américaine, que les énoncés haineux ou offensants blessent ceux auxquels ils sont adressés, que ces énoncés réalisent automatiquement ce dont ils sont porteurs, qu'ils agissent sur la réalité sociale en perpétuant les structures de domination et d'exclusion qui y sont à l'œuvre, bref qu'ils peuvent prétendre au statut d'actes dotés d'une réelle force illocutoire, l'on part d'un présupposé: c'est que l'énoncé trouve dans le locuteur le pouvoir propre qu'il aura de menacer ou de blesser pour ainsi dire automatiquement son destinataire et que c'est en ce locuteur même que s'enracine ce pouvoir. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on peut concevoir la nécessité de sanctionner ce locuteur, «sujet» de l'infraction et, à ce titre, pleinement responsable de la blessure linguistique ou du danger imminent infligé par l'énoncé haineux.

Selon Butler, cette représentation du locuteur d'un énoncé haineux ou offensant s'ancre dans une conception du pouvoir dont Michel Foucault aurait montré de longue date l'incapacité à rendre compte des rapports de forces à l'époque moderne. Cette figure du pouvoir, c'est la souveraineté, celle qui prétend isoler «un» lieu du pouvoir, dont le mode d'expression privilégié serait la «loi» et qui, nécessairement, réprimerait, c'est-à-dire «ferait mal», donc «blesserait». La souveraineté se caractérise en effet par le «mal» susceptible d'être infligé par le pouvoir qui l'exerce: celui-ci «prend», «enlève», «retire» (par l'impôt, par la privation de liberté, par la peine de mort, etc.); le pouvoir, dans cette optique, c'est donc ce qui a la capacité de faire mal sans le consentement des intéressés.

Or les travaux de Foucault, dont Butler se réclame, ont mis à mal cette représentation souveraine du pouvoir, notamment de sa forme collective moderne, l'État. Grâce à une approche analytique du pouvoir qui refuse de réduire ce dernier à la loi du Souverain⁽⁶⁹⁾, Foucault montre en effet que même l'instance que l'on a le plus tendance à présenter sous la forme de la souveraineté dans la tradition juridico-philosophique occidentale, à savoir l'État, use désormais d'autres mécanismes pour gouverner les hommes: il cite à cet égard les techniques *disciplinaires* – tactiques de pouvoir locales et individualisantes qui visent à dresser les corps pour mieux dresser les âmes (on retrouve pareilles techniques dans ces

espaces clos quadrillés par une surveillance constante que sont les prisons, les casernes, les orphelinats, les usines, les écoles, les hôpitaux, etc.)⁽⁷⁰⁾ – et celles du *biopouvoir* – stratégies générales et globalisantes, qui s'exercent sur l'ensemble de la population vivant sur un même territoire, dont il s'agit de gérer la santé, le bien-être, l'accroissement, etc. (politiques de santé, campagnes hygiénistes, contrôle de la sexualité, etc.)⁽⁷¹⁾. Or, au moment même où l'on dénie ainsi à l'État une représentation exclusivement en termes de souveraineté, on paraît en reporter les traits caractéristiques sur certains sujets de cet État même – ceux-là mêmes qui profèrent des discours de haine.

En effet, ce sujet, n'est-ce pas celui qui réussit à faire coïncider parfaitement l'intention (d'«inférioriser», de «blesser», de «menacer»), l'expression de l'intention (le discours de haine) et la réalisation de l'intention («inférioriser», «blesser» et «menacer» effectivement)? De surcroît, cette chaîne parfaite s'ancrerait dans un sujet identifiable, qui détiendrait en propre cette capacité à blesser, c'est-à-dire le pouvoir même par lequel se réaliserait la séquence «intention – énoncé – acte». En somme: un sujet souverain capable d'émettre des «performatifs souverains», c'est-à-dire des performatifs automatiquement heureux. Or, Butler met en doute cette représentation à deux points de vue.

D'une part, est-on si sûr que le pouvoir de blesser s'ancre, en l'espèce, dans le sujet lui-même, c'est-à-dire dans le locuteur? L'énoncé injurieux n'est-il pas plutôt une simple répétition, une «itération», qui ne tient sa force que de s'appuyer sur les structures historiques, sociales, culturelles, qui constituent, en fin de compte, le soubassement réel du sentiment raciste et de sa force de blesser, y compris dans sa simple expression linguistique? Le pouvoir de blesser de certains discours injurieux ou offensants ne s'enracinerait donc pas dans le locuteur mais bien plutôt dans un réseau complexe de rapports sociaux préalables. Il tirerait sa force d'un dispositif beaucoup plus disséminé, beaucoup plus capillaire, beaucoup plus insaisissable que le sujet identifiable qui profère l'énoncé litigieux: celui qui, dans une société donnée, permet la prolifération de représentations infériorisées de certaines catégories de personnes et entretient ces représentations au moyen d'une répétition indéfinie de cette infériorisation, notamment par le biais de manifestations linguistiques. L'explication en termes de «performatifs souverains» ne correspondrait donc guère, selon elle, à la réalité complexe des relations de pouvoir à l'époque moderne. Ce faisant, Butler se réclame à nouveau des travaux de Foucault et, en particulier, de son approche analytique du pouvoir.

(69) M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, t. 1^{er} de l'*Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976.

(70) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

(71) M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, coll. *Hautes Études*, Paris, Gallimard/Le Seuil, 2004.

D'autre part, est-on si sûr du succès d'un tel performatif? La doctrine américaine favorable à la prohibition des *hate speeches* se fonde en effet sur un autre postulat: celui de la réussite automatique du performatif haineux ou offensant. S'appuyant sur ce postulat, la simplicité de la réponse juridique suggérée (interdiction pure et simple de la prononciation de certains types d'énoncés) ne fait-elle pas fi de la complexité qui règne sur ce que l'on pourrait appeler le champ de bataille discursif? Toutefois, c'est anticiper là le troisième questionnement de Butler et les enjeux autour de la «re-signification» des énoncés et la réappropriation des termes injurieux par les «victimes» elles-mêmes. Nous y reviendrons ci-après⁽⁷²⁾.

Pour résumer cette première critique, il semble donc à Butler que les dispositifs juridiques d'interdiction de certains types d'énoncés se fondent sur une analyse erronée des énoncés haineux, à la fois du point de vue de la représentation du pouvoir qui les sous-tend et de leur efficacité automatique supposée.

2. Le danger de confier à l'État une police des discours

Butler pointe ensuite le danger qu'il y a à en appeler à l'État et à ses juridictions pour circonscrire les champs respectifs du «dicible» et de l'«indicible», fût-ce au nom de valeurs progressistes, comme la lutte contre le racisme ou l'homophobie. Car c'est faire une grande confiance au pouvoir d'État et, en particulier, à une Cour suprême dont Butler s'attache à stigmatiser la politique, selon elle conservatrice, en la matière.

D'une part, elle cite l'arrêt *Wisconsin v. Mitchell*⁽⁷³⁾, dans lequel la Cour, composée de la même manière que dans l'affaire *R.A.V. v. Saint Paul*, a décidé à l'unanimité qu'un discours raciste pouvait servir d'élément de preuve pour établir que la victime (blanche, en l'occurrence) d'un crime avait été sélectionnée intentionnellement en raison de sa race et contribuer ainsi à l'établissement de la circonstance aggravante fondée sur le motif raciste du crime. Bien entendu, il ne s'agissait pas ici uniquement d'un acte de langage, puisque l'opinion raciste avait été exprimée par une bande noire qui venait de voir le film *Mississippi Burning*, avant de passer à un acte de violence physique proprement dite sur un Blanc qui avait le malheur de passer par là. Toutefois, Judith Butler opère un rapprochement entre l'arrêt *R.A.V. v. Saint-Paul*, selon lequel la manifestation symbolique d'une opinion raciste contre les Noirs est protégée par le Premier Amendement, et ce dernier arrêt, en vertu duquel une opinion raciste à l'encontre des Blancs, loin d'être immunisée de toute critique en

raison de la consécration constitutionnelle de la liberté d'expression, peut constituer une circonstance aggravante au moment de déterminer la peine destinée à sanctionner un homicide. De là à en conclure que la Cour pratique deux poids deux mesures selon la race ou la couleur de peau du locuteur, il n'y a qu'un pas, que Butler semble franchir; toutefois, par une sorte de prudence (de pusillanimité?) propre au juriste (qui s'arrête au texte et pas aux intentions sous-jacentes et non exprimées, en général), nous nous garderons bien de mettre nos propres pas dans les siens. Il s'agissait moins, en l'espèce, de déterminer si un énoncé devait ou non bénéficier de la protection du Premier Amendement que de savoir si cet énoncé pouvait servir d'élément de preuve de la circonstance aggravante de discrimination raciale attachée à un crime ou un délit: à situations différentes, questions différentes et, à questions différentes, réponses différentes. Sur le strict plan de l'argumentation juridique, il n'y a là rien que de très normal; il paraît donc difficile de conjecturer, sur cette seule base, une politique conservatrice du point de vue racial de la part de la Cour.

D'autre part, Butler rappelle que la doctrine de l'agression verbale a notamment permis de refuser aussi la protection du Premier Amendement à certains énoncés au motif de leur «obscénité», autorisant dès lors les juges à décider ce qui relève de ce dernier critère et ce qui en est exclu. Dans l'affaire *R.A.V.*, le juge Stevens a d'ailleurs rappelé, dans son opinion minoritaire, la définition de l'obscénité telle que définie dans l'arrêt *Miller v. California*: «l'appel à l'intérêt malsain, [...] qui représente ou décrit, d'une manière manifestement agressive (*offensive way*), un comportement sexuel, et qui, pris dans son ensemble, manque de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique sérieuse» – l'appel à l'intérêt malsain devant être apprécié à l'aune d'une personne normale et des normes sociales contemporaines. Butler en déduit, sans que cette déduction trouve appui dans le texte même des arrêts de la Cour suprême, que celle-ci tiendrait, en tout état de cause, l'obscénité pour un «comportement offensant», un performatif lui aussi souverain, qui, à ce titre, ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression et peut donc être prohibée ou punie, sans qu'il soit même nécessaire de vérifier, cette fois, le «mode» sur lequel l'énoncé obscène est formulé^{(74)/(75)}. Elle rappelle que, sur cette base, certaines photos de Robert Mapplethorpe, à l'origine d'une représentation frontale de l'homosexualité ou de certaines pratiques homosexuelles, ont pu être censurées ou menacées de l'être⁽⁷⁶⁾. Cette fois, selon Butler, on fait

(72) *Infra*, 3°.

(73) 508 U.S. 476 (1993).

(74) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973); *New York v. Ferber* 458 U.S. 747 (1982).

(75) *Comp. supra*, II.D.

(76) En 1989, une rétrospective (intitulée *The Perfect Moment*) prévue à la *Corcoran Gallery* de Washington DC fut annulée après une campagne orchestrée par certains

donc comme si l'obscénité était nécessairement, sous l'angle de la théorie austinienne, un acte pleinement illocutoire, c'est-à-dire comme si elle emportait, par son expression même et au moment de celle-ci, une modification de la réalité, en l'occurrence l'offense (et la « blessure » qui en découle) automatiquement ressentie(s) par la victime d'une telle obscénité. De tels phénomènes sont alors purement et simplement rejetés du champ des discours; ils ne sont, en tout et pour tout, que des « actes », des « conduites » qui échappent, en tant que telles, à la protection du Premier Amendement. Là encore, Butler interprète cette jurisprudence comme l'indice d'une politique conservatrice sciemment conduite par la Cour suprême. De nouveau – prudence excessive peut-être –, nous ne la suivrons pas totalement sur ce point. D'une part, en effet, l'arrêt *Miller v. California*, à l'origine de ce traitement peu favorable à l'obscénité, fut rendu la même année que le célèbre arrêt *Roe v. Wade*⁽⁷⁷⁾, qui proclama un certain « droit » à l'avortement: il paraît difficile, dès lors, de décréter la dimension uniformément conservatrice de la Cour à cette époque. D'autre part, l'analyse de la pornographie comme acte (ou succession d'actes) illocutoire(s), échappant comme telle à la protection du Premier Amendement et susceptible donc de faire l'objet de mesures d'interdiction, est également défendue par un certain type de féminisme⁽⁷⁸⁾ (contre lequel Butler bataille du reste), incarnée en l'espèce par la juriste Catharine McKinnon⁽⁷⁹⁾: selon elle, la pornographie (hétérosexuelle en tout cas) opère comme un impératif qui a le pouvoir de réaliser ce qu'il prescrit. En l'occurrence, en représentant la femme dans un contexte de soumission, de mépris et de machisme, l'industrie pornographique non seulement reliaierait la structure fondamentalement misogyne des sociétés occidentales⁽⁸⁰⁾ mais, de surcroît, assurerait la répétition indéfinie, donc la perpétuation, de cette structure. La pornographie apparaît donc, dans cette conception, comme une véritable illocution, qui consolide et perpétue l'ordre social majoritairement machiste.

Sur la base des arrêts *Wisconsin v. Mitchell* et *Miller v. California*, Butler croit donc pouvoir pointer des « usages stratégiques et contradictoires »⁽⁸¹⁾, par la Cour suprême, du concept d'acte de discours doté d'une force illocutoire: « Mon point de vue est que les efforts visant à démontrer que le discours est une conduite sont utilisés par des cours de justice conser-

vatrices afin de soutenir l'idée que le discours sexuel est un acte sexuel; mais ces mêmes cours tendent à mettre en question la fusion du discours et de la conduite dans les affaires mettant en jeu le langage raciste »⁽⁸²⁾. Conclusion, répétons-le, précipitée pour un juriste mais qui met au moins en lumière ceci: réclamer l'intervention des juges pour retirer la protection du Premier Amendement à certains énoncés et exposer ceux-ci à l'interdiction, c'est prendre le risque de confier aux tribunaux un pouvoir dont ils pourront, à l'occasion, user afin d'empêcher la prolifération d'autres discours; c'est donc une voie ouverte à la réduction potentiellement indéfinie des énoncés protégés par la liberté d'expression – y compris ceux dont la doctrine dite « progressiste » encouragerait ou, à tout le moins, admettrait la diffusion.

La dialectique des discours de haine et de leur traitement juridique est ainsi une arme à double tranchant: elle peut servir à lutter contre le racisme, l'antisémitisme, l'homophobie, etc., mais elle peut tout aussi bien tenir lieu d'arme procédurale entre les mains de ceux qui veulent faire sanctionner le « racisme anti-chrétien », l'offense subie dans sa foi à la vue d'un panneau publicitaire, l'islamophobie censément exprimée dans certaines caricatures ou bien encore l'obscénité de représentations frontales de la sexualité ou de certaines formes de sexualité.

Pour résumer ce second argument, on affirmera donc que, pour Butler, particulièrement méfiante, à l'instar de nombreux libéraux au sens américain du terme, à l'égard de toute intervention de l'État dans la circulation des discours, la doctrine favorable à une prohibition des *hate speeches* prend le risque de confier un pouvoir exorbitant au juge, c'est-à-dire à l'État, désormais en mesure de créer une véritable police discursive.

3. Plutôt que d'interdire, pourquoi ne pas concevoir une réappropriation politique des termes offensants par leurs destinataires ?

Les deux premières critiques peuvent, nous semble-t-il, être réduites à une contestation plus fondamentale du rôle du droit, c'est-à-dire des mécanismes juridiques traditionnels, dans la régulation des discours de haine. En effet, les illusions ou les dangers que pointe Butler sont bien connus, et

milieux religieux et le sénateur Jesse Helms. L'exposition, itinérante, fut présentée au *Contemporary Arts Center* de Cincinnati, dont le directeur, Dennis Barrie, fut poursuivi devant la justice locale pour exposition pornographique dans un musée. Il fut en fin de compte acquitté par une décision du 5 octobre 1990, au motif de la valeur artistique des œuvres exposées.

(77) 410 U.S. 113 (1973).

(78) Or qui oserait prétendre que le féminisme n'est pas « progressiste » ?

(79) C. MACKINNON, *Only Words*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993 (trad. fr.: *Ce ne sont que des mots*, Paris, éditions des femmes, 2007).

(80) Pourquoi seulement « occidentales » du reste ?

(81) J. BUTLER, *op. cit.*, p. 108.

(82) *Ibid.*, p. 76.

depuis fort longtemps, des juristes : le droit, à tout le moins dans les systèmes juridiques libéraux, est un discours qui se fonde sur l'idée, à bien des égards fictionnelle, de sujets de droits à la fois libres et responsables, donc «souverains» ; le pouvoir qu'ont les juges de mettre dans les concepts flous ou flexibles utilisé par le droit (tels «l'obscénité» ou, de ce côté-ci de l'Atlantique, «la contrariété aux bonnes mœurs ou à l'ordre public») à peu près ce qu'ils veulent est soulignée de longue date ; la nécessité dans laquelle se trouvent les tribunaux, en cas de dommage causé fautivement à quelqu'un, de désigner «un» responsable, c'est-à-dire un sujet à qui imputer l'origine fautive du dommage, nonobstant la complexité de la réalité sociale et la multitude des causes possibles, est à la base même de notre conception de la responsabilité juridique. Au fond, ce que conteste Butler, c'est purement et simplement le recours à l'ensemble de ces fictions véhiculées par le discours juridique pour agir sur les discours de haine.

Elle propose, en contrepartie, de se placer sur le terrain des luttes politiques. Pour elle, un performatif haineux n'emporterait pas automatiquement la blessure linguistique et la «réduction au silence» qui s'ensuivrait, conséquence obligée de l'infériorisation sociale postulée par l'énoncé injurieux. Il peut au contraire faire l'objet d'un processus de «resignification», c'est-à-dire de réappropriation par les destinataires des termes injurieux eux-mêmes dans le cadre de luttes insurrectionnelles ou émancipatrices. Elle cite, à l'appui de ce processus, les luttes menées par la communauté LGBT (lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres)⁽⁸³⁾ : des mots au départ insultants, chargés de ce pouvoir de blesser reconnu aux performatifs haineux, ont été repris par les mouvements LGBT afin de les soumettre à un véritable renversement de sens, au point de devenir une forme d'auto-désignation. Ainsi, des mots comme «queer», «gay» ou «pédé», sont devenus partie intégrante du vocabulaire des personnes LGBT, qui en ont même fait des porte-étendards de leur fierté. Geste qui n'est pas sans rappeler l'entreprise littéraire d'un Genet, à la fois «saint et martyr», pour reprendre les mots de Sartre, et qui, loin d'intérioriser et d'entretenir la honte de l'abjection à laquelle, lui, enfant placé, voleur, homosexuel, avait été exposé, la revendique et la hisse au rang de la pureté et de l'innocence. C'est cette même reprise qui explique l'humour alimenté par les représentations les plus caricaturales

de certaines catégories de personnes, comme l'humour *camp* ou l'humour juif – lesquels prennent, en quelque sorte, la balle au bond et retournent stratégiquement la portée des mots employés. On pourrait trouver bien d'autres exemples, dans l'histoire des luttes émancipatrices, de ce renversement stratégique : ainsi, dans le long processus de dépénalisation de l'avortement, n'avons-nous pas eu droit au «Manifeste des 343 salopes» ? Néanmoins, se demande Butler, «(...) de quel pouvoir performatif jouit celui qui s'approprie les termes mêmes par lesquels il a été insulté afin de les vider de leur charge d'humiliation et d'en tirer une affirmation (...)»⁽⁸⁴⁾. C'est que, dans la situation des catégories visées par les termes injurieux, l'insulte est très souvent constitutive de l'assujettissement de l'individu⁽⁸⁵⁾ : elle «produit» pour ainsi dire des sujets (des «Noirs», des «homosexuels», des «Juifs», etc.). Toutefois, ceux qui sont ainsi fabriqués par ce mode d'assujettissement qu'est l'insulte ou le préjugé ne sont pas déterminés une fois pour toutes par ces assignations : ils conservent une marge de manœuvre pour contester, retourner stratégiquement, contourner, un tel assujettissement. «Le performatif social joue un rôle crucial dans la formation du sujet, mais également dans la contestation politique et la reformulation continue du sujet. Le performatif n'est pas seulement une pratique rituelle : c'est l'un des rituels majeurs par lesquels les sujets sont formulés et reformulés»⁽⁸⁶⁾. Dans cette perspective, «(...) l'insulte peut initier une contre-mobilisation»⁽⁸⁷⁾. D'où, cette question qui résume en fin de compte la position philosophique de Butler : l'approche juridico-prohibitive des discours de haine ne devrait-elle pas plutôt céder le pas à un combat politico-stratégique ? Celui-ci ne constituerait-il pas une réponse plus efficace au problème posé par la prolifération des *hate speeches* ? L'interdiction des discours de haine n'est-elle pas une mauvaise réponse à une bonne question ?

IV. Conclusion

À la lecture des principaux arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de discours de haine, ceux-ci semblent bénéficier de la protection du Premier Amendement tant qu'ils se cantonnent à l'ordre du discours et qu'ils n'ont donc pas de conséquences sur la réalité extralinguistique qui les entoure.

(83) Judith Butler est également l'auteur d'un ouvrage intitulé *Gender Trouble* (traduit en français aux éditions de La Différence en 2005, sous le titre *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*), dans lequel elle analyse en détail le processus de constitution (et, partant, de contestation) des subjectivités de genre.

(84) J. BUTLER, *op. cit.*, p. 244.

(85) Voy., sur l'injure et ses effets sur la constitution des sujets, les intéressantes réflexions de D. ERIBON in *Réflexions sur la question gay*, Paris, Fayard, 1999, singulièrement la première partie (pp. 27 et s.).

(86) J. BUTLER, *op. cit.*, p. 247.

(87) *Ibid.*, p. 252.

Ainsi, les *fighting words*⁽⁸⁸⁾, l'incitation à commettre une action illégale imminente⁽⁸⁹⁾ ou les provocations verbales communiquées sur un mode menaçant, serait-ce sous la forme particulière d'une croix enflammée⁽⁹⁰⁾, peuvent faire l'objet de réglementations conformément au Premier Amendement. En revanche, tout discours, aussi haineux soit-il, qui demeurerait de l'ordre du débat d'idées ne peut être censuré⁽⁹¹⁾. Exprimer des idées offensantes ou désagréables⁽⁹²⁾, brûler une croix en guise de message politique⁽⁹³⁾ ou se livrer à l'apologie du crime⁽⁹⁴⁾ constituent des expressions protégées. Encore faut-il que ces paroles ne se matérialisent pas en *actes*. Si un discours trouble l'ordre public ou entraîne des réactions violentes, l'énoncé franchit la limite de l'expression et perd la protection qui lui revient.

Cette distinction, en apparence très séduisante, opposant les *discours*, d'un côté, et les *actes*, de l'autre, est néanmoins remise en question par la philosophie du langage, en particulier sous l'angle de la théorie d'Austin interprétée par Judith Butler.

Dans un premier temps, Austin séparait les énoncés *performatifs* des énoncés *constatifs* – ce qui semblait entériner, du point de vue de la philosophie du langage, les distinctions opérées dans la jurisprudence de la Cour suprême. Dans un second temps toutefois, il a mis en doute cette dichotomie, considérant, en définitive, que tous les discours sont, d'une manière ou d'une autre, des actes. À chaque fois que nous parlons, nous agissons, ne serait-ce que pour communiquer une idée ou une intention et se faire comprendre (dimension *locutoire*). Un discours peut également revêtir une dimension *illocutoire* s'il produit des effets par le simple fait d'être prononcé, ou une dimension *perlocutoire*, s'il est susceptible d'entraîner certaines conséquences sur la réalité sociale sans que celles-ci ne se confondent avec le discours même.

À l'aune de cette tripartition, seuls les discours illocutoires sembleraient, à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême, devoir être exclus du champ de l'expression et privés de la liberté qui en découle. Néanmoins, la frontière entre les dimensions illocutoire et perlocutoire d'un discours est empreinte de subjectivité. Ainsi, si la Cour suprême semble considérer que les discours de haine n'ont qu'une dimension perlocutoire – à moins qu'ils ne troublent l'ordre public ou qu'ils provoquent des actions ou réactions violentes⁽⁹⁵⁾ –, une certaine doctrine américaine, dite «progressiste», considère *a contrario* que les discours de haine agissent directement sur la réalité sociale car ils perpétuent l'infériorisation de certaines catégories de la population et seraient donc dotés d'une force illocutoire.

Le raisonnement linguistique – voire juridique – reste cependant identique : sont exclus de la protection du Premier Amendement les discours de haine détenteurs d'un effet immédiat sur la réalité extralinguistique. Seul le curseur évaluant les conséquences d'un discours varie en fonction des sensibilités philosophiques et politiques de chacun. D'où l'intérêt supplémentaire de l'approche intellectuelle de Butler, laquelle s'oppose tant à la doctrine dite «progressiste», favorable à l'interdiction générale des discours de haine, qu'à la doctrine «classique», pourtant bien moins prohibitionniste, mais qui admet néanmoins une ingérence de l'État, en l'occurrence par l'intermédiaire de ses juges, pour circonscrire les champs respectifs du «dicible» et de l'«indisible»; ce qui l'amène à une conclusion certes radicale mais intellectuellement cohérente : ne faudrait-il dès lors pas abandonner toute approche juridico-prohibitive, au profit d'un débat argumenté et d'une lutte politique à l'encontre des discours de haine ?

(88) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), *supra*, II.A.

(89) *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), *supra*, II.B.

(90) *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343 (2003), *supra*, II.E.

(91) Nous nous référons à la définition étendue du terme de *censure* et non à son acception juridique en droit belge, par définition restrictive, selon laquelle la censure se limite à l'interdiction *a priori* des discours dans l'espace public (à cet égard, voy. notamment : N. THIRION, «Ceci n'est pas une censure. Sur les rapports entre liberté d'ex-

pression artistique et liberté de religion», *La Matière & l'Esprit*, 2013, pp. 43-63).

(92) *Snyder v. Phelps et al.*, 562 U.S., 443 (2011), *supra*, II.F.

(93) *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343 (2003), *supra*, II.E.

(94) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), *supra*, II.C.

(95) Le lien de causalité devrait cependant être clairement établi.