

Nicolas Thirion : « **Discours de haine et police du langage (A propos d'un ouvrage de Judith Butler, *Le pouvoir des mots. Politique du performatif*)** »

Lorsque l'on veut mesurer la pertinence de la théorie des actes de langage et des intuitions d'Austin dans le domaine proprement juridique, il est une tendance relativement récente (disons, vieille d'une trentaine d'années environ) qui mérite de retenir tout particulièrement l'attention : il s'agit des dispositifs législatifs, essentiellement pénaux, qui, dans plusieurs États d'Europe continentale, visent à réprimer ce que l'on appelle les *hate speeches*, les « discours de haine », plus largement les discours offensants ou injurieux. Ces lois se donnent pour objectif proclamé de combattre les manifestations verbales d'opinions jugées néfastes, qu'il s'agisse du racisme, de l'homophobie ou du négationnisme, par exemple. C'est que les discours de haine emporteraient un effet performatif évident : ils contribueraient à instaurer, à répandre et à consolider une vision infériorisée de certaines catégories de personnes, fragilisant ainsi ces dernières, aussi bien d'un point de vue individuel (intérieurisation de la norme et haine de soi) que social (sentiment d'impunité des auteurs d'actes de violence physique à l'encontre de ces personnes). Bref, les discours de haine sont de véritables performatifs en ce qu'ils influent radicalement sur la réalité non-verbale. C'est la raison pour laquelle certains législateurs instaurent des dispositions destinées à décourager les locuteurs potentiels de prononcer de tels performatifs. A défaut de pouvoir extirper des cerveaux et des consciences le racisme, l'homophobie, le négationnisme, etc., on fait en sorte, en tout cas, que ces sentiments ne puissent sans danger être extériorisés par l'entremise de manifestations verbales. A leur tour, ces dispositions légales sont autant de performatifs, puisqu'elles entendent non seulement sanctionner les manquements aux prohibitions qu'elles contiennent mais, de surcroît, prétendent agir sur le comportement des sujets, par l'effet dissuasif qu'elles entraîneraient.

L'ambition de la présente communication est de questionner ce modèle juridique européen, qui consiste à lutter contre certaines performatifs au moyen d'autres performatifs, en le comparant à un autre modèle, d'inspiration nord-

américaine, exposé et critiqué en détail dans un ouvrage de Judith Butler, intitulé *Le pouvoir des mots. Politique du performatif*¹. Après avoir brièvement présenté ce modèle et son opposé - celui, donc, d'un préjugé favorable à une réglementation prohibitive des discours de haine, que ce soit dans la doctrine américaine ou dans certains systèmes juridiques européens - (I), on tentera de démontrer en quoi l'instauration de mesures destinées à pénaliser certains types de performatifs est, dans une très large mesure, un leurre ou, à tout le moins, une réponse à plusieurs égards inappropriée à la question proprement politique soulevée par les discours de haine (II).

I. Hate speeches : modèle états-unien v. modèle européen

A. Le modèle états-unien

Dans la culture juridique états-unienne, le Premier Amendement de la Constitution revêt une dimension pour ainsi dire sacrée. Cette sacralisation s'accompagne du reste d'une conception en quelque sorte économique de la confrontation des opinions : il y aurait un « marché des idées » (*market for ideas*) qui, si on le laisse fonctionner, permettrait de mettre en concurrence les opinions, de telle sorte qu'au terme de cette compétition, les « bonnes » idées finiraient par chasser les « mauvaises ». Vision sans doute naïve, mais tellement ancrée dans l'imaginaire américain qu'un contempteur aussi patenté de son propre pays que Noam Chomsky y a puisé l'inspiration nécessaire pour condamner l'adoption de lois anti-négationnistes en Europe, au nom de la liberté d'expression et au risque de se faire passer (à tort) pour un sympathisant de tels discours.

C'est dans ce cadre qu'il faut replacer l'arrêt *R.A.V. v. Saint-Paul*². Le conseil municipal de la ville de Saint-Paul avait adopté un décret dont une des dispositions était ainsi libellée :

« Quiconque place sur un terrain public ou privé un symbole, un objet, une appellation, une représentation ou un graffiti, comme par exemple une croix enflammée³ ou une croix gammée, en sachant ou en ayant de bonnes raisons de savoir qu'ils suscitent chez d'autres la colère, la crainte ou le ressentiment du fait de leur race, de leur couleur, de leur foi, de leur religion ou de leur genre, porte atteinte à l'ordre public et se rend coupable d'un délit ».

¹ Paris, éd. Amsterdam, 2004.

² 112 S. Ct. 2538, 120 L. Ed. 2d 305 ; 1992.

³ Symbole du Ku Klux Klan.

Sur la base de ce décret, un adolescent blanc fut poursuivi pour avoir brûlé une croix dans le jardin d'une famille noire. La Cour suprême du Minnesota avait fini par avaliser la condamnation de l'infacteur. Toutefois, la Cour suprême des États-Unis ne l'entendit pas de cette oreille. Selon elle, en effet, le Premier Amendement protège *tous* les discours, en ce compris ceux qui relaient des opinions contestables, voire détestables, sous réserve des discours de menaces, de diffamation ou de publicité mensongère. Encore convenait-il de se demander si le fait de brûler une croix dans le jardin d'une famille noire - conformément à la symbolique véhiculée par le Ku Klux Klan - était un simple discours ou si ce n'était pas plus exactement une « agression verbale » (*fighting words*). En d'autres termes, l'acte poursuivi pouvait-il être réduit à la simple expression d'une idée ou bien manifestait-il déjà le commencement d'un processus d'agression à l'encontre de la famille et, partant, de l'ensemble de la communauté noire, afin de leur infliger une blessure, au moins linguistique ? Plus qu'un « simple » discours donc : un « acte ». Or, l'agression verbale, en tant qu'elle n'est pas un simple discours mais est, de surcroît, un acte, plus précisément une « conduite », n'est pas protégée comme telle par le Premier Amendement, selon une jurisprudence déjà ancienne de la Cour suprême⁴. Toutefois, dans son arrêt de 1992, la Cour, sous l'impulsion du juge Scalia (républicain), va s'efforcer de tracer des limites très étroites à la doctrine de l'agression verbale, de façon à en exclure le comportement incriminé par le décret de Saint-Paul.

Pour essayer de reformuler ces limites dans une perspective austinienne, Judith Butler affirme qu'il n'y a, selon la Cour, d'agression verbale que lorsque l'acte de langage est doté d'une force proprement « illocutoire » (c'est-à-dire lorsqu'il réalise ce qui est attendu de lui par le fait même qu'il est prononcé) : dans ce cas, en effet, l'acte illocutoire apparaît davantage comme une « conduite » que comme un « discours » et échappe, pour cette raison, au champ d'application du Premier Amendement. Si l'acte est essentiellement « perlocutoire » (c'est-à-dire s'il se borne 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), il ne peut constituer une agression verbale : il est essentiellement un « discours » (non une « conduite ») et bénéficie, à ce titre, de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression. En l'espèce, le fait de brûler une croix dans le jardin d'une famille noire n'était pas de ces actes illocutoires qui, seuls, autorisent à « jeter le Premier Amendement au feu » (pour reprendre la métaphore du juge Scalia).

Loin de commenter cet arrêt en juriste, Butler le décortique en philologue, presque en critique littéraire, et le situe dans un contexte qui en souligne, à ses yeux,

⁴ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315, U.S. 568, 572 ; 1942.

l'importante portée symbolique. Le moins que l'on puisse écrire à cette aune est que l'activité politique de la Cour ne garantit guère la cohérence de ses raisonnements d'un arrêt à l'autre. Deux exemples suffisent à souligner cette inconséquence, d'après Butler.

Premier exemple : l'arrêt *Wisconsin v. Mitchell*⁵. Dans cette affaire, la Cour (composée de la même manière que dans l'affaire précédente) décida 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 circonstances aggravantes. Bien entendu, il ne s'agissait pas ici uniquement d'un acte de discours, 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), je me garderai bien de mettre mon propre pas dans le sien.

Second exemple : dans l'affaire *R.A.V. v. Saint-Paul*, le juge Scalia, déterminant le domaine des discours protégés par le Premier Amendement, rappelle que l'obscénité a déjà été considérée par le passé comme une « agression verbale », en tout cas un « comportement offensant », qui, à ce titre, ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression et peut donc être prohibée ou punie⁶. Cette fois, selon Butler, on fait comme si l'obscénité était nécessairement, sous l'angle de la philosophie 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 « conduites » qui échappent, en tant que telles, à la protection du

⁵ 113 S. Ct. 2194, 14 L. Ed. 2d 436 ; 1993.

⁶ *Miller v. California* (1973) ; *New York v. Ferber* (458 U.S. 747 ; 1982).

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 -, je ne la suivrai pas totalement sur ce point. D'une part, en effet, l'arrêt *Miller v. California*, à l'origine de ce traitement peu avantageux pour l'obscénité, fut rendu la même année que le célèbre arrêt *Roe v. Wade*, qui proclama un certain « droit » à l'avortement, par une juridiction alors dominée par le camp démocrate. 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 féminisme⁷ (contre lequel Butler bataille du reste), incarnée en l'espèce par la juriste Catharine McKinnon : 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 relayerait la structure fondamentalement misogyne des sociétés capitalistes⁸ mais, de surcroît, assurerait la répétition indéfinie, donc la perpétuation, de cette structure. La pornographie apparaît donc, dans cette conception, comme une véritable *illocution*.

Ce type de raisonnement a également été invoqué à propos des injures 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. Le même mode de raisonnement a également pu être utilisé à propos des propos homophobes, par exemple. 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 infériorisation qui ne leur permettrait pas d'user de leurs droits fondamentaux comme les autres citoyens et, en particulier, de la Clause d'égalité⁹. En somme, l'interdiction des *hate speeches* constituerait une condition *sine qua non* de l'égalité réelle.

Il existe donc, 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

⁷ Or, qui oserait prétendre que le féminisme n'est pas « progressiste » ?

⁸ Pourquoi seulement capitalistes du reste ?

⁹ Contenue dans le Quatorzième Amendement de la Constitution et assimilable, dans les systèmes juridiques européens, au principe constitutionnel d'égalité.

de l'injonction prohibitive. En tout cas, il conviendrait de retirer à de tels discours la protection du Premier Amendement. L'habileté de cette présentation, en même temps que sa bonne conscience, est qu'une telle interdiction ne saurait 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 exclusivement les discours. Or, les *hate speeches* ne sont pas, dans cette présentation, de simples discours ; ce sont avant tout et essentiellement des conduites. Les interdire ne revient donc pas à une censure.

En somme, ce courant doctrinal prône une reconstruction du système juridique états-unien en matière de *hate speeches* dans le sens d'une appropriation ou, si l'on veut, d'une « importation » d'un autre modèle, en l'acclimatant, le cas échéant, aux spécificités états-uniennes : celui des droits européens, voire celui du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Très synthétiquement, comment se présente alors ce modèle ?

B. Le modèle européen

Si les Constitutions des États membres du Conseil de l'Europe accordent en général une place de choix à la liberté d'expression, celle-ci ne bénéficie toutefois pas du caractère sacré dont elle est dotée aux États-Unis d'Amérique. Par ailleurs, la croyance en un « marché des idées » permettant de garder les bonnes et de chasser les mauvaises n'est guère partagée de ce côté-ci de l'Atlantique. Par conséquent, les législateurs européens ont progressivement adopté des lois visant à réprimer certains discours, en ce qu'ils constitueraient la manifestation d'opinions néfastes, dangereuses, voire non conformes aux valeurs jugées essentielles d'une société démocratique. Ainsi, par exemple, en Belgique, une loi du 30 juillet 1981, appelée loi « Moureaux », du nom du ministre de la justice de l'époque, réprime notamment les discours racistes et xénophobes. D'autres lois sont, depuis lors, venues compléter l'arsenal de la lutte étatique contre les discours de haine. L'instauration d'un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a en quelque sorte couronné ce mouvement. Toutefois, la Belgique est loin d'être le seul État à avoir agi de la sorte. La France, par exemple, n'est pas en reste, qui a mis en place, en vertu d'une loi du 30 décembre 2004, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE).

Cette politique, qui vise à encadrer la liberté d'expression au moyen d'interdictions sanctionnées pénalement, ne pose-t-elle pas problème, à la lumière de

l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH), ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle à l'occasion, du reste, que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent; ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' »¹⁰.

La réponse n'en est pas moins négative car la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'est appuyée sur le paragraphe 2, en particulier les mots « à la protection de la réputation ou des droits d'autrui », pour admettre la compatibilité de la plupart de ces législations avec la Convention. Mieux même : s'agissant du négationnisme au sens strict (la négation du génocide juif pendant la Seconde guerre mondiale), elle s'appuie sur l'article 17 de la Convention¹¹ pour dénier à l'auteur de tels propos toute possibilité de se prévaloir de la protection européenne : une version post-moderne de la maxime de Saint Just, « pas de liberté pour les ennemis de la liberté », en somme.

¹⁰ Voir, entre autres, les arrêts *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, par. 49, *Lingens* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, par. 41 et *Oberschlick* du 1er juillet 1997, par. 57.

¹¹ « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

Toutefois, dans ce cadre juridique, il reste une différence essentielle entre la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, d'une part, et la doctrine américaine favorable à la réglementation prohibitive des discours de haine, d'autre part : c'est qu'il est admis, en Europe, que les énoncés racistes, négationnistes, homophobes, etc., sont, en tout et pour tout, des discours (non des conduites) et que leur interdiction ou leur pénalisation constituent donc bien des atteintes - certes justifiées - à la liberté d'expression. La moins grande place accordée, dans l'imaginaire juridique européen, à la libre expression des idées et des opinions explique sans doute ce moins grand scrupule à démontrer coûte que coûte que l'interdiction des discours de haine n'est pas attentatoire à la liberté d'expression.

En bref, le régime juridique des discours de haine est très différent en Europe : la liberté d'expression n'étant pas dotée de la même force qu'aux États-Unis, il n'est pas contraire aux principes constitutionnels et à la Convention européenne des droits de l'homme de mettre en place des dispositifs législatifs visant à interdire la production de certains énoncés dans l'espace public et à en sanctionner la méconnaissance au moyen de dispositions pénales.

La présentation synthétique des deux systèmes juridiques opérée, il convient de passer maintenant à l'évaluation critique.

II. Évaluation critique

La question à examiner est la suivante : comment évaluer les dispositifs juridiques qui visent à contrer les discours de haine au moyen de dispositifs d'interdiction ? Deux catégories de critiques, plus exactement de questionnements, peuvent être émises à cet égard : les uns sont de nature « philosophico-politique » et sont puisés dans l'argumentaire de Butler ; les autres sont de facture « philosophico-juridique » et émanent du signataire de ces lignes.

A. Arguments philosophico-politiques

Ces arguments sont au nombre de trois.

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

Lorsque l'on affirme que les énoncés haineux ou « offensants » blessent ceux

auxquels ils sont adressés, que ces énoncés réalisent automatiquement ce dont ils sont porteurs, bref qu'ils peuvent prétendre au statut d'actes dotés d'une réelle force illocutoire, on part d'un présupposé : c'est que l'énoncé trouve dans le locuteur le pouvoir propre qu'il aura 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 infligée par l'énoncé haineux.

Selon Butler, cette représentation du locuteur d'un énoncé haineux ou offensant s'ancre dans une conception du pouvoir dont Foucault aurait pourtant montré l'incapacité à rendre compte des rapports de forces à l'époque moderne. Cette figure du pouvoir, c'est, on le sait, 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 ». Les travaux de Foucault, dont Butler se réclame, ont mis à mal cette représentation souveraine du pouvoir. Même l'instance qu'on a le plus tendance à présenter sous la forme de la souveraineté, à savoir l'État moderne, use désormais d'autres mécanismes pour gouverner les hommes (parmi lesquels on citera, dans la veine foucaldienne, les dispositifs disciplinaires, qu'il soutient, encourage, voire entretient lui-même, ou bien encore le bio-pouvoir). Or, au moment même où l'on dénie même à l'État une représentation exclusivement en termes de souveraineté, on paraît reporter les traits caractéristiques de cette représentation sur certains sujets de l'État - 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 » et donc de « blesser »), l'expression de l'intention (le discours de haine) et la réalisation de l'intention (« inférioriser » et donc « blesser » 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 ». 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 même ? 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. 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.

Ensuite, est-on si sûr du succès d'un tel performatif ? La doctrine américaine favorable à la prohibition des *hate speeches* se fonde sur un autre postulat en effet : celui de la réussite automatique du performatif haineux ou offensant. S'appuyant sur ce postulat, la simplicité de la réponse juridique (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. J'y reviendrai donc ci-après.

Pour résumer cette première critique, Butler avance donc l'argument suivant lequel 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° Du danger de confier à l'État une police des discours

Butler pointe ensuite le danger qu'il y a à en appeler systématiquement à l'État pour circonscrire les champs respectifs du « dicible » et de l'« indicible ». Ainsi, la doctrine de l'agression verbale, qui a notamment permis, on l'a vu¹², de sanctionner les manifestations d'obscénité, autorise les juges à distinguer ce qui relève de l'obscénité de ce qui en est exclu. Du point de vue d'une politique « progressiste », cette latitude laissée aux juridictions ne laisse pas d'inquiéter, tant il est vrai que la jurisprudence révèle la plupart du temps le conservatisme social qui l'inspire : ainsi, certaines photos de Robert Mapplethorpe, à l'origine d'une représentation frontale de l'homosexualité ou de certaines pratiques homosexuelles, ont été censurées sur cette base ; de ce côté-ci de l'Atlantique, sans remonter jusqu'au procès de Flaubert, on a parfois pu mesurer ce qu'il en coûtait de confier à l'État - juges et autorités administratives confondus - la charge de décider ce qui était publiable et ce qui ne l'était pas (ainsi du roman de Mathieu Lindon, « Prince et Léonardours », menacé d'interdiction en 1987 par les services du ministère de l'intérieur, à la glorieuse époque de M. Pasqua). C'est que la

¹² *Supra*, I, A.

dialectique des discours de haine ou offensants et de leur traitement juridique peut décidément se retourner comme un gant : 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 »¹³, l'offense subie dans sa foi à la vue d'un panneau publicitaire¹⁴, l'islamophobie censément exprimée dans certaines caricatures¹⁵ ou bien encore l'antisémitisme d'un vieil anar daubant sur les fiançailles du fils de l'actuel Président de la République française avec l'héritière d'une famille d'industriels¹⁶. La réglementation des discours de haine est donc une arme à double tranchant pour ceux qui, tels Mme McKinnon, se réclament du progressisme...

Toutefois, je voudrais plutôt m'attarder sur un exemple plus innocent et en même temps très révélateur de cette tentation d'assimiler certains discours à des « conduites » pures et simples. Il s'agit de la fameuse réglementation connue sous l'appellation « *Don't ask, don't tell* », destinée, sous l'ère de l'administration Clinton, à régir la question de la place des homosexuels dans l'armée américaine.

Les directives du Pentagone précisait notamment ceci : « L'orientation sexuelle n'est pas un obstacle à l'appartenance à l'armée, à moins qu'elle ne soit manifestée par une conduite homosexuelle. L'armée congédiera ceux de ses membres qui se livrent à des conduites homosexuelles, sachant que l'on entend par 'conduite homosexuelle' : accomplir un acte homosexuel, *déclarer que l'on est homosexuel ou bisexuel*¹⁷, contracter un mariage ou tenter de se marier à quelqu'un du même genre ». Dire que l'on est homosexuel, c'est donc déjà, selon le règlement, accomplir un acte homosexuel : en ce sens, la déclaration doit être davantage conçue comme une conduite que comme un discours et peut donc faire l'objet d'une interdiction sans qu'il soit attenté pour autant au Premier Amendement. Quant à savoir en quoi, dans le cas d'espèce, « dire, c'est faire », Butler développe une interprétation assez intéressante du règlement militaire en cause : s'appuyant sur la figure freudienne de la paranoïa, elle considère que, dans l'inconscient des rédacteurs du texte et de ceux qui y font obéir, dire « je suis homosexuel », c'est déjà une tentative de séduction de celui à qui l'on s'adresse, c'est la manifestation implicite de la volonté de propager l'homosexualité dans l'armée, de « contaminer » en quelque sorte le corps sain de l'armée par le virus de l'homosexualité - l'agent actif de ce virus étant l'énoncé ou,

¹³ Affaire de « *Je vous salue Marie* » de Jean-Luc Godard et de « *La dernière tentation du Christ* » de Martin Scorsese.

¹⁴ Affaire de la publicité « Marithé et François Girbaud » inspirée de *La Dernière Cène*.

¹⁵ Affaire des caricatures de Mahomet.

¹⁶ Affaire *Siné*.

¹⁷ C'est moi qui souligne.

plutôt, l'ensemble d'énoncés « je suis homosexuel » -.

Pour résumer ce second argument, on affirmera donc que, pour Butler, en cela très « américaine », c'est-à-dire particulièrement méfiante à l'égard de toute intervention de l'État, la doctrine favorable à une prohibition des discours de haine prend le risque de confier un pouvoir exorbitant au législateur ou au juge, 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, me 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 de manière sophistiquée sont bien connus, et 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 « 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, est à la base même de notre conception de la responsabilité... Au fond, ce que conteste Butler, c'est purement et simplement le recours aux modes de raisonnement 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 « re-signification », 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 LGBT¹⁸ : des mots au départ insultants, chargés de ce

¹⁸ 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.

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 même 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 (...) ? »¹⁹. C'est que, dans la situation des catégories visées par les termes injurieux, l'insulte est très souvent constitutive de l'assujettissement de l'individu²⁰ : 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 »²¹. Dans cette perspective, « (...) l'insulte peut initier une contre-mobilisation »²². D'où, cette question qui résume en fin de compte la position 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* ?

¹⁹ *Op. cit.*, p. 244.

²⁰ Voy., sur l'injure et ses effets sur la constitution des sujets, les intéressantes réflexions de Didier Eribon in *Réflexions sur la question gay*, Paris, Fayard, 1999, singulièrement la première partie (pp. 27 et s.).

²¹ J. Butler, *op. cit.*, p. 247.

²² *Ibid.*, p. 252.

Il en est d'autant plus ainsi que, comme on va le voir, la question de l'efficacité des mécanismes d'interdiction et de pénalisation doit précisément être posée.

B. Arguments philosophico-juridiques

A mon tour, je développerai, à cet effet, trois séries d'arguments.

1° Performatifs étatiques v. performatifs injurieux : émanations de dispositifs de pouvoir distincts ?

Je reprendrai ici, mais sous une autre forme, l'intuition de Butler relative à la faiblesse de la conception « souveraine » des performatifs haineux.

A quoi tient en effet la « force » des performatifs, qu'il s'agisse des énoncés haineux ou des interdictions pénales ? D'où tiennent-ils leur capacité à agir sur la réalité ? Il me semble qu'il faut répondre à cette question en essayant de déterminer les dispositifs de pouvoir par lesquels ces différentes catégories de performatifs sont « portés ». S'agissant de la loi - qui plus est de la loi pénale -, c'est la forme souveraine du pouvoir étatique qui est à l'œuvre... mais qui est à l'œuvre pour contrer quoi ? La production de performatifs qui, eux, tirent leur force d'un dispositif de pouvoir beaucoup plus disséminé, beaucoup plus capillaire, beaucoup plus insaisissable : 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.

Sur le champ de bataille discursif que laissent apercevoir les discours de haine et leur interdiction par la loi pénale, ce sont donc deux types de performatifs, très différents, qui sont à l'œuvre et, plus fondamentalement, deux types de rapports de pouvoir qui s'affrontent. Or, cette situation conduit à soulever une interrogation d'apparence utilitaire mais, en réalité, fondamentale pour mesurer la pertinence des réglementations prohibitives : la loi pénale, manifestation assez frustrée d'une forme de pouvoir souverain, est-elle l'arme adaptée pour contrer efficacement des énoncés dont la force se fonde sur un réseau de rapports de pouvoir beaucoup plus diffus, que l'injonction prohibitive n'atteint que malaisément ?

En somme, c'est poser là le risque d'une inadaptation de l'arsenal juridique pour lutter contre les discours de haine, en tout cas contre le dispositif de pouvoir qui les

sous-tend et leur confère leur (relative) efficacité. Or, l'inadaptation ne mine-t-elle pas l'efficacité ?

2° Les dispositifs d'interdiction : un moyen pour quelle(s) fin(s) ?

Il est vrai que, si l'on entend mesurer sérieusement l'efficacité des réglementations prohibitives, encore faut-il déterminer avec précisions quelle(s) fin(s) le moyen de l'interdiction est voué à réaliser. Cela seul autorisera à vérifier si, dans les faits, le dispositif législatif atteint les résultats attendus. Or, le législateur (belge en tout cas) n'a guère explicité les objectifs précis des réglementations qu'il adoptait. On est donc conduit à conjecturer.

Première fin possible : la réparation de la blessure infligée par le performatif haineux. En effet, frappée de plein fouet par un tel énoncé, la victime a désormais le moyen de déposer plainte et d'enclencher le procès pénal, avec la possibilité que celui-ci proclame la réalité de l'énoncé injurieux, reconnaisse, donc, en quelque sorte le mal fait au plaignant et, par la peine prononcée et, le cas échéant, les dommages et intérêts accordés, répare la blessure ainsi infligée. Si tel est l'objectif poursuivi, alors force est de constater que les législations en cause, en Belgique en tout cas, constituent des échecs assez éclatants. Compte tenu du choix de recourir à un dispositif pénal, ce sont toutes les techniques et précautions du droit pénal et de la procédure pénale qui vont donc accompagner le parcours du combattant du plaignant. La plupart du temps en effet, la procédure sera rapidement paralysée par des problèmes de preuve, d'établissement des faits, de la nécessité de constater la réunion de *tous* les éléments constitutifs de l'infraction, etc. Résultat : la plupart des plaintes sont classées sans suite ou bien, si l'affaire parvient enfin dans un prétoire, le tribunal acquittera le plus souvent la personne poursuivie puisque le droit pénal est d'interprétation stricte. Au début des années 1990, le nombre de condamnations engrangées par la loi Moureaux se comptait sur les doigts d'une seule main²³. Je ne suis pas sûr que la proportion ait beaucoup changé ces dernières années. Serait-ce qu'entre son entrée en vigueur et le début du troisième millénaire, il y ait eu si peu de victimes de racisme et de xénophobie et, plus encore, d'énoncés racistes ? Si on se résout à répondre par la négative - ce qui me paraît raisonnable -, c'est donc que la loi du 30 juillet 1981 n'atteint pas ce but « thérapeutique »... à moins que, indépendamment même des procédures initiées sur la base de ses dispositions, la loi elle-même, du seul fait qu'elle existe, aurait une vertu médicale : la victime d'un

²³ A. Nayer, *Introduction aux statuts de l'étranger*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 375.

énoncé haineux trouverait une consolation dans le simple énoncé de la loi. Idée bien en phase avec l'air du temps, qui érige les agents du système juridique en « médecins des âmes »²⁴, mais que l'on se permet de mettre en doute.

Deuxième fin possible : au-delà des victimes directes, la prolifération d'énoncés haineux entretiendrait, dans la société, des préjugés, des sentiments, des valeurs indignes d'une société démocratique. Il conviendrait de combattre ces préjugés, donc d'empêcher qu'ils ne s'exprimassent dans l'espace public. Toutefois, est-on sûr que l'interdiction des formes les plus affligeantes d'énoncés haineux et leur (rarissime) punition soient un moyen adéquat de faire reculer le sentiment haineux proprement dit ? Croit-on que c'est parce que l'on interdit les discours racistes que le racisme recule ? Ce n'est pas parce que l'on casse le thermomètre que l'on fait tomber la fièvre... De manière un peu naïve, peut-être, il me semble que c'est encore par l'éducation, par la discussion publique, par la lutte politique, que l'on peut le plus adéquatement tenter de résorber les opinions indignes d'une société évoluée.

Troisième fin possible : la dimension « symbolique » ou « éducative » de telles lois. Peu importerait, au fond, qu'elles débouchent sur des procédures extrêmement peu nombreuses, qu'elle ne « réparent » rien ou qu'elle n'aient guère d'incidences sur les phénomènes sociaux à la base des énoncés haineux qu'elles pénalisent ; l'important serait qu'elles affirment, dans leur majesté, un principe moral, qu'elles formulent un interdit fondamental, qu'elles marquent les limites de la transgression. Outre que la conception du droit comme « ordre symbolique » a le plus souvent des relents peu appétissants à mes narines²⁵ et s'avère essentiellement l'alibi un peu snob du conservatisme des valeurs, il convient alors de mesurer l'ambivalence d'une telle dimension symbolique. En effet, cela signifie-t-il qu'aussi longtemps qu'une loi n'intervient pas pour acter cet ordre symbolique, les insultes d'un certain type échappent à ce dernier ? Et, dans l'affirmative, que peut-on en déduire alors des injures racistes avant la loi Moureaux, des insultes homophobes avant la loi les pénalisant ou bien, aujourd'hui encore, des énoncés haineux formulés à l'encontre des femmes (le machisme vulgaire n'étant pas encore condamné pénalement, selon mes sources en tout cas) ?

Il en est d'autant plus ainsi que, si ces lois sont appelées à jouer à titre de « symboles », c'est peut-être dans un tout autre sens, qu'il me faut préciser maintenant.

²⁴ R. Jacob, « *Pietas* ou la compassion. Langage de la loi et rhétorique des sentiments » in P. Ansart et Cl. Haroche (dir.), *Les sentiments et le politique*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 23 et s., spéc. pp. 36-38.

²⁵ C'est quand même sur cette base que d'éminents sociologues, anthropologues ou juristes ont diabolisé des réformes aussi inoffensives, *a posteriori*, que le PaCS.

3° De l'art de fabriquer des martyrs

Quel est, en effet, le risque consubstantiel à l'adoption de lois pénales d'interdiction et à leur multiplication ? C'est que les locuteurs potentiels d'énoncés haineux se transforment, à leurs propres yeux mais aussi à ceux de l'opinion ou au moins d'une frange de celle-ci, en victimes sacrifiées sur l'autel de la liberté d'expression. C'est particulièrement vrai pour les lois qui répriment le négationnisme : les infracteurs potentiels ont beau jeu de s'ériger en cibles de la censure et d'instiller davantage encore le doute sur la véracité des faits qu'ils contestent pourtant si absurdemment. Après tout, si ces faits sont si évidents que cela, pourquoi établir une espèce de barricade répressive autour d'eux ? Il en est d'autant plus ainsi que la plupart des discours de haine dérivent d'une certaine forme de paranoïa dans le chef des locuteurs (qu'il s'agisse du racisme, de l'homophobie ou de l'antisémitisme). Le principal résultat de la mise en place d'un dispositif répressif ne résidera-t-il pas dans l'encouragement de ce sentiment paranoïaque, dans sa consolidation, dans sa perpétuation, plutôt que dans son effacement progressif ? Bref, si symbole il y a, je ne suis pas sûr que ce soit nécessairement celui voulu par les auteurs de législations en cause.

C'est peut-être que, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, l'enfer est décidément pavé de bonnes intentions...

Nicolas Thirion est professeur à l'Université de Liège, où il enseigne notamment la théorie du droit. Il est également chargé de cours invité à l'UCL.