

## Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression

Jean-François Gaudreault-DesBiens

Volume 39, Number 4, 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043510ar>  
DOI: <https://doi.org/10.7202/043510ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)  
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gaudreault-DesBiens, J.-F. (1998). Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression. *Les Cahiers de droit*, 39(4), 717–752.  
<https://doi.org/10.7202/043510ar>

Article abstract

A talisman is an object, the result of a ritual preparation seeking to endow talisman objects with magic or protective powers. Might it be that legislative rituals engender their own talismans ? Such is the current case in study, namely freedom of speech as defined under the First Amendment of the U.S. Constitution's Bill of Rights. This freedom initially takes root in a mythology falsely presented by contemporary positive interpretation as something stemming from a time-honoured tradition. Held in popular circles to be a self-evident truth, this mythology contributes to the shielding of such an interpretation from penetrating criticism. It is further assisted in doing so by various metaphors, one of which — « the marketplace of ideas » — legitimises the unconstitutionality of any action aimed at correcting the insufficiencies of such a « marketplace », which indeed is deemed ideally to ensure the triumph of truth thanks to the « confrontation of ideas ». As a veritable doctrinal and judicial mantra, this metaphor presupposes the infallibility of the « marketplace of ideas », fosters belief in such infallibility and, in the process, elevates the marketplace to the stature of a standard.

This mythology and its vocalised metaphor have thus been presented as being self-evident rather than as a legal construct, which in this latter case would have provided the means for justifying an interpretative *status quo*. In doing so, they have reinforced the identifiable value attributed to freedom of speech in the American politico-legal culture and have thereby ensconced the exceptional origin of this duo. Henceforth enshrined in an ideological matrix from which the law itself flows and in which it participates, these two fictions slide from conscious view into the interstices of popular discourse and as such, genuinely complicate the acceptance of any serious attempts at criticising the *status quo*. In a nutshell, these are talismans whose concerted actions protect the *status quo* from the unpredictable winds of change as mythology cloaked in metaphor obstructing evolutionary legal thinking and consequently, meaningful changes in law.

This episode involving constitutional construction based on legally transfigured fetishism thus beckons constitutional specialists to question themselves on the interaction of myths, self-awareness recitals and the law when cast into constitutional discourse, as well as their own unwitting contribution — often acritical — to the perpetuation of such myths and recitals.

## Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression\*

---

Jean-François GAUDREULT-DESBIENS\*\*

*Un talisman est un « objet, [une] image préparés rituellement pour leur conférer une action magique ou protectrice ». Se pourrait-il que le droit produise ses propres talismans ? Tel est pourtant le cas du droit américain de la liberté d'expression. Ce droit se fonde d'abord sur une mythologie qui présente faussement l'interprétation positive contemporaine de cette liberté comme procédant d'une tradition immémoriale. Tenue pour vraie dans le discours majoritaire, cette mythologie contribue à placer cette interprétation hors du champ critique, étant assistée dans cette tâche par diverses métaphores, dont une, celle du « marché libre des idées », légitime l'inconstitutionnalité de toute intervention étatique visant à remédier aux carences de ce marché, lequel est du reste censé assurer le triomphe de la vérité lors du « choc des idées ». Véritable mantra doctrinal et judiciaire, cette métaphore présuppose l'infaillibilité du « marché libre des idées », encourage la croyance en cette infaillibilité et, dans cette foulée, élève le marché au rang d'instance normative.*

*Présentées comme relevant du donné plutôt que du construit, outils de justification d'un statu quo interprétatif, cette mythologie et cette métaphore renforcent aussi la charge identitaire attribuée à la liberté d'expression dans la culture politicojuridique américaine et confortent l'idéologie « exceptionnaliste » de cette dernière. Imbriquées dans une structure*

\* Je désire remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSHC) et le Fonds pour la formation de chercheurs et l'aide à la recherche (FCAR) qui ont assuré le financement de mes études doctorales, ainsi que mon directeur de recherche, le professeur Daniel Proulx de l'Université d'Ottawa, pour ses précieuses remarques. La première version de l'article qui suit a de surcroît été présentée en 1997 lors du colloque « Le droit dans son milieu. Le droit privé vu au travers et au-delà de ses structures », tenu à l'Université du Québec à Trois-Rivières dans le cadre du 65<sup>e</sup> Congrès de l'Association canadienne-française pour l'avancement des sciences (ACFAS). Je tiens également à remercier les participants à ce colloque de leurs commentaires stimulants.

\*\* Professeur, Faculté de droit, Université McGill, Montréal. Membre de l'Institut de droit comparé.

*idéologique de laquelle procède le droit et à laquelle il participe, dès lors rendues invisibles dans le discours majoritaire, elles compliquent singulièrement l'acceptation d'arguments porteurs d'une critique du statu quo. Bref, comme s'il s'agissait de talismans, leur action conjuguée protège ce statu quo contre les vellétés de transformation, de sorte que cette mythologie et cette métaphore agissent comme obstacles à l'évolution de la pensée juridique et à la transformation du droit.*

*Cet épisode de fétichisation juridico-identitaire d'une interprétation constitutionnelle pourtant éminemment située sur le plan sociohistorique incite donc les juristes constitutionnalistes à s'interroger sur l'interaction des mythes, des récits identitaires et du droit dans les discours constitutionnels, ainsi que sur leur participation, souvent acritique, à la perpétuation de ces mythes et récits.*

---

*A talisman is an object, the result of a ritual preparation seeking to endow talisman objects with magic or protective powers. Might it be that legislative rituals engender their own talismans? Such is the current case in study, namely freedom of speech as defined under the First Amendment of the U.S. Constitution's Bill of Rights. This freedom initially takes root in a mythology falsely presented by contemporary positive interpretation as something stemming from a time-honoured tradition. Held in popular circles to be a self-evident truth, this mythology contributes to the shielding of such an interpretation from penetrating criticism. It is further assisted in doing so by various metaphors, one of which — « the marketplace of ideas » — legitimises the unconstitutionality of any action aimed at correcting the insufficiencies of such a « marketplace », which indeed is deemed ideally to ensure the triumph of truth thanks to the « confrontation of ideas ». As a veritable doctrinal and judicial mantra, this metaphor presupposes the infallibility of the « marketplace of ideas », fosters belief in such infallibility and, in the process, elevates the marketplace to the stature of a standard.*

*This mythology and its vocalised metaphor have thus been presented as being self-evident rather than as a legal construct, which in this latter case would have provided the means for justifying an interpretative status quo. In doing so, they have reinforced the identifiable value attributed to freedom of speech in the American politico-legal culture and have thereby ensconced the exceptional origin of this duo. Henceforth enshrined in an ideological matrix from which the law itself flows and in which it participates, these two fictions slide from conscious view into the interstices of*

*popular discourse and as such, genuinely complicate the acceptance of any serious attempts at criticising the status quo. In a nutshell, these are talismans whose concerted actions protect the status quo from the unpredictable winds of change as mythology cloaked in metaphor obstructing evolutionary legal thinking and consequently, meaningful changes in law.*

*This episode involving constitutional construction based on legally transfigured fetishism thus beckons constitutional specialists to question themselves on the interaction of myths, self-awareness recitals and the law when cast into constitutional discourse, as well as their own unwitting contribution — often acritical — to the perpetuation of such myths and recitals.*

---

	<i>Pages</i>
1. <b>Mythologies</b> .....	721
2. <b>Métaphores</b> .....	733
<b>Conclusion : mythes, récits identitaires et constitutionnalisme</b> .....	743

---

*Prenez un cercle, caressez-le, il deviendra vicieux<sup>1</sup>.*

*À chacun son surnaturel : mais les juristes les plus positivistes ont aussi le leur<sup>2</sup>.*

Dans une de ces formules qui font époque, Gaston Bachelard affirmait un jour ceci : « [R]ien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit<sup>3</sup>. » Si, à l'évidence, le droit ne fait pas exception à cette règle, il reste que son discours présente souvent ce qui relève du construit comme procédant du donné. La dogmatique juridique, branche de l'étude du droit dont le nom trahit la dimension religieuse, se nourrit de cette confusion fondamentale. Conforté dans son autorité pérenne, le droit positif, tel qu'il est, tel qu'il se donne à voir, se trouve ainsi virtuellement protégé contre des remises en

1. E. IONESCO, *La cantatrice chauve*, coll. « Folio », Paris, Gallimard, 1954, p. 72.

2. N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 18.

3. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Vrin, 1983, p. 14.

question trop radicales, et ses interprètes voient leur action continuellement relégitimée. Un peu comme l'autruche menacée enfouit sa tête dans le sable, le droit positif occulte la part du construit en son sein pour conjurer ce qui, de l'extérieur, menace sa légitimité.

Tenu de se protéger ou, à tout le moins, de contrôler les entrées (*inputs*) extrasystémiques, le droit doit user d'outils aussi efficaces que discrets, qui agissent un peu comme des talismans. Un talisman, nous dit le *Petit Larousse*, est un « objet, [une] image préparés rituellement pour leur conférer une action magique ou protectrice<sup>4</sup> ». Or, des talismans, le droit en secrète, en use et en abuse. Ainsi, par le truchement d'histoires inventées, d'idéaux métamorphosés en réalités idéelles objectives, de métaphores se muant en idéologies, le droit ne recule devant aucun artifice pour protéger sa légitimité et pour entretenir la foi de ses fidèles. Mais c'est principalement à travers le « prestige magique [d'un] mythe des origines<sup>5</sup> » qu'il assoie son autorité et affirme son caractère sacré. Mircea Eliade précise à cet égard que le mythe :

1° constitue l'Histoire des actes des Êtres Surnaturels ; 2° que cette Histoire est considérée comme absolument *vraie* (par ce qu'elle se rapporte à des réalités) et *sacrée* (parce qu'elle est l'œuvre des Êtres Surnaturels) ; 3° que le mythe se rapporte toujours à une « création », il raconte comment quelque chose est venu à l'existence, ou comment un comportement, une institution, une manière de travailler ont été fondés ; c'est la raison pour laquelle les mythes constituent les paradigmes de tout acte humain significatif ; 4° qu'en connaissant le mythe, on connaît l'« origine » des choses et, par suite, on arrive à les maîtriser et à les manipuler à volonté ; il ne s'agit pas d'une connaissance « extérieure », « abstraite », mais d'une connaissance que l'on « vit » rituellement, soit en narrant cérémoniellement le mythe, soit en effectuant le rituel auquel il sert de justification ; 5° que, d'une manière ou d'une autre, on « vit » le mythe, dans le sens qu'on est saisi par la puissance sacrée, exaltante des événements qu'on remémore et qu'on réactualise<sup>6</sup>.

Cette réactualisation du mythe se fait par sa réitération continuelle, de génération en génération, ce qui favorise la réalisation de sa fonction primordiale, qui est de « révéler les modèles exemplaires de tous les rites et de toutes les activités humaines significatives<sup>7</sup> ».

Cela dit, loin d'être la chasse gardée des sociétés dites « archaïques », la pensée mythique continue de s'épanouir dans les sociétés dites « avancées<sup>8</sup> ». On serait même tenté de dire que, minées par l'incertitude et

4. P. MAUBOURGUET (dir.), *Le Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1993, p. 957.

5. M. ELIADE, *Aspects du mythe*, coll. « Idées », n° 32, Paris, Gallimard, 1963, p. 35.

6. *Id.*, pp. 32-33.

7. *Id.*, p. 19.

8. *Id.*, pp. 223-235. Sur le droit et la mythologie, voir : J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles,

l'angoisse, les sociétés postmodernes fournissent un terreau particulièrement fertile au développement de cette pensée, qui possède cette grande vertu de rassurer face à l'avenir. Toutefois, avec elle, viennent les talismans. Or, bien que ceux-ci foisonnent autant dans le droit positif que dans la pensée juridique en général, il est cependant un domaine du droit et un pays où ils jouent un rôle singulièrement important. Il s'agit, en l'occurrence, du droit constitutionnel des États-Unis, qui se distingue notamment par une rhétorique et une appréhension libertaire de la liberté d'expression consacrée dans le premier amendement du *Bill of Rights* de la Constitution<sup>9</sup>. C'est donc des talismans du droit américain de la liberté d'expression que nous traiterons principalement dans le présent texte. Les constatations que nous ferons à ce sujet nous inciteront à proposer aux juristes de s'engager plus avant dans une démarche de réflexion sur l'interaction des mythes, des récits identitaires et du droit dans les discours qu'ils tiennent tant *sur* le droit constitutionnel que *dans* celui-ci<sup>10</sup>.

## 1. Mythologies

L'opposition classique du construit et du donné, ainsi que les problèmes épistémologiques qu'entraîne la présentation de l'un sous les habits de l'autre, se pose avec énormément d'acuité dans l'interprétation du premier amendement de la Constitution des États-Unis. La culture juridique américaine fait en effet de cette disposition constitutionnelle un donné et la présente comme telle<sup>11</sup>. Si pareille approche est certes contestable dans l'ordre dogmatique, en ce qu'elle est tôt ou tard susceptible de nuire à la qualité même de l'interprétation de cette garantie constitutionnelle<sup>12</sup>, elle l'est encore plus dès lors que la démarche intellectuelle entreprise se veut un tant soit peu historique. Pourtant, de nombreux juristes américains — et non des moindres — se sont échoués sur ce récif et présentent l'interprétation libertaire du premier amendement comme un donné, immémorial et intangible. Convaincus de la justesse, non seulement juridique mais aussi

---

Facultés universitaires Saint-Louis, 1980; P. FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law*, London/New York, Routledge, 1992. Il faut rendre crédit ici à Lenoble et Ost, de même qu'à Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, pour avoir montré toute l'utilité de l'épistémologie bachelardienne dans l'analyse du discours juridique.

9. U.S. Const., *American Bill of Rights*, 1<sup>st</sup> amend.

10. Cela présuppose bien sûr que les juristes soient en mesure d'adopter, s'ils le veulent bien et s'ils se montrent disposés à faire des efforts en ce sens, un point de vue radicalement externe sur le droit.

11. F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge/New York/London/New Rochelle/Melbourne/Sydney, Cambridge University Press, 1982, p. ix.

12. *Ibid.*

morale, de leur interprétation « orthodoxe » du premier amendement, ces juristes en sont arrivés à présenter cette interprétation comme l'aboutissement ultime, donc définitif, du droit de la liberté d'expression aux États-Unis.

L'étape suivante était de susciter la foi dans cette interprétation et de s'assurer que cette foi soit léguée aux générations suivantes. Les commentaires suivants du professeur Emerson montrent bien la dimension quasi religieuse attribuée au premier amendement dans l'« histoire officielle » : « The theory of freedom of expression is a sophisticated and even complex one. It does not come naturally to the ordinary citizen but needs to be learned. *It must be restated and reiterated not only for each generation, but for each new situation*<sup>13</sup>. » Ici, l'idée de « doctrine » prend tout son sens : celui d'« endoctriner ». Aussi, pour éviter que soit « sacrifiée » cette liberté d'expression qui, dit-on, était si chère aux pères de la République américaine, des juristes ont littéralement inventé une histoire au premier amendement. Cette histoire sert, d'une part, à légitimer la façon dont eux-mêmes interprètent cette disposition constitutionnelle et, d'autre part, à inculquer à d'autres les dogmes du culte du premier amendement. Cette double démarche d'autolégitimation interprétative et de légitimation du *statu quo* en dit long sur le rôle que nous, juristes, pouvons jouer dans la reproduction de l'ordre établi<sup>14</sup> lorsque nous poussons trop loin notre « romance » avec le droit tel qu'il est<sup>15</sup>.

En fait, ce n'est que récemment que des juristes ou des historiens ont entrepris de remettre en question l'histoire officielle du premier amendement<sup>16</sup>. Cette histoire, maintenant érigée au rang d'orthodoxie, présente

13. T. EMERSON, « Toward a General Theory of the First Amendment », (1963) 72 *Yale Law Journal* 877, 894. L'italique est de nous.

14. Sur cette question, voir le toujours actuel article de : D. KENNEDY, « Legal Education and the Reproduction of Hierarchy », (1982) 32 *Journal of Legal Education* 591.

15. Sur la « romance » entre les juristes américains et le premier amendement, voir : S.H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy, and Romance*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1990, p. 5. Voir cependant le commentaire de D.A. FARBER, « Free Speech Without Romance : Public Choice and the First Amendment », (1991) 105 *Harvard Law Review* 554.

16. Voir généralement : M.A. GRABER, *Transforming Free Speech. The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, Berkeley/Los Angeles/Oxford, University of California Press, 1991 ; D. YASSKY, « Eras of the First Amendment », (1991) 91 *Columbia Law Review* 1699 ; M. KELLER, « Powers and Rights : Two Centuries of American Constitutionalism », *Journal of American History*, vol. 74, 1987, p. 675 ; D.M. RABBAN, « The First Amendment in Its Forgotten Years », (1981) 90 *Yale Law Journal* 514 ; D.M. RABBAN, « The Emergence of First Amendment Doctrine », (1983) 50 *University of Chicago Law Review* 1205 ; D.M. RABBAN, « The Free Speech League, the ACLU, and Changing Conceptions of Free Speech in American History », (1992) 45 *Stanford Law Review* 47 ;

l'évolution de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis comme ayant été marquée par un progrès constant depuis l'adoption du premier amendement<sup>17</sup>. Dans cet esprit, un lien direct de filiation est établi entre la doctrine moderne du premier amendement, qui constituerait le point culminant de cette évolution, et la pensée des rédacteurs du *Bill of Rights*. L'interprétation libertaire donnée par ceux qui ont élaboré l'histoire officielle se trouve dès lors justifiée *a posteriori*. Censée correspondre en tous points à l'intention originale des pères fondateurs, elle peut s'imposer comme *la seule valable*<sup>18</sup>. Par le fait même, cette interprétation devient anhistorique<sup>19</sup> : « Although specific First Amendment standards change in response to social circumstances and can be the subject of some dispute, scholars working within this libertarian tradition see the foundations of the argument for free speech as timeless, transcending the particular intellectual fashions of any era<sup>20</sup>. » Elle peut alors s'imposer comme un donné neutre et objectif. Mais cette interprétation n'aurait pu véritablement transcender son origine doctrinale si elle n'avait pas été validée par les tribunaux. Cette consécration, qui eut lieu dans les années 1920-1930, acheva sa mutation en dogme juridique<sup>21</sup>.

Cette présumée linéarité de l'évolution de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression aux États-Unis et le rattachement direct de la doctrine contemporaine du premier amendement à l'entendement qu'en avaient les rédacteurs du *Bill of Rights* relèvent toutefois bien plus du mythe que de la réalité matérielle. En effet, l'histoire officielle procède d'une fausse prémisse qui fait également office de mythe fondateur, celle qui veut que le premier amendement ne soit destiné qu'au contrôle de la

---

D.M. RABBAN, « The IWW Free Speech Fights and Popular Conceptions of Free Expression Before World War I », (1994) 80 *Virginia Law Review* 1055 ; P.L. MURPHY, *The Meaning of Freedom of Speech. First Amendment Freedoms from Wilson to FDR*, Westport, Greenwood Publishing Company, 1972.

17. D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1700.

18. M.A. GRABER, *op. cit.*, note 16, p. 13.

19. B. ACKERMAN, « Constitutional Politics/Constitutional Law », (1989) 99 *Yale Law Journal* 453, 453-455.

20. M.A. GRABER, *op. cit.*, note 16, p. 5.

21. Un seul exemple suffira à démontrer à quel point certains juges de la Cour suprême participèrent à la mystification. Dans son opinion concurrente de l'arrêt *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), 375, le juge Brandeis affirmait que le but des rédacteurs de la Constitution était que chaque individu développe ses propres facultés, d'où son assertion voulant que ces rédacteurs « believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law — the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assemblies should be guaranteed. »

réglementation étatique de l'expression<sup>22</sup>. Certes l'introduction dans la Constitution américaine du *Bill of Rights*, et particulièrement du premier amendement, était-elle en partie inspirée par l'idée de protéger les individus contre la tyrannie, mais encore faut-il savoir de quelle tyrannie il s'agissait. De fait, si la liberté est perpétuellement menacée, la forme des menaces qu'elle subit ne manque pas, quant à elle, de changer en fonction des propres transformations de l'État-Léviathan<sup>23</sup>.

Ainsi, selon Yassky, la protection conférée par le premier amendement a connu trois grandes époques<sup>24</sup>. La première a englobé la période comprise entre l'édiction de cette disposition constitutionnelle et la guerre de Sécession ; la deuxième a débuté après cette guerre et s'est poursuivie jusqu'au *New Deal* du président Franklin D. Roosevelt ; enfin, la troisième, qui perdure toujours, s'est amorcée lors du *New Deal*<sup>25</sup>.

À l'origine, le premier amendement servit d'abord à empêcher une centralisation excessive des pouvoirs au sein de la jeune fédération américaine<sup>26</sup>. L'étude de Yassky montre à cet égard que la protection de la liberté d'expression individuelle, telle qu'on la conçoit aujourd'hui, était bien loin de constituer la préoccupation première des rédacteurs du *Bill of Rights*. Ceux-ci, au contraire, « did not conceive of liberty as requiring that all points of view have access to public debate<sup>27</sup> ». Ils n'étaient donc pas opposés en tous points à la censure de l'expression, tant et aussi longtemps que cette censure demeurait le fait des États fédérés plutôt que du gouvernement fédéral<sup>28</sup>.

La deuxième phase historique de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression débute peu après la guerre de Sécession<sup>29</sup>. Ayant frôlé de peu l'éclatement, la fédération américaine entre alors dans une nouvelle

22. D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1700.

23. *Id.*, 1703. Il convient de noter ici que cette interprétation « fonctionnelle » de l'évolution du premier amendement ne fait pas non plus l'unanimité chez les nouveaux historiens. Ainsi, Mark Graber souligne que cette interprétation est accréditée par de nombreux auteurs orthodoxes qui n'en soutiennent pas moins — faussement selon lui — que les mêmes principes fondamentaux ont toujours encadré la résolution des questions soulevées par le premier amendement. Voir : M.A. GRABER, *op. cit.*, note 16, p. 5.

24. Il va de même du reste de la conception de la liberté elle-même, dont les époques ne concordent cependant pas nécessairement avec celles indiquées pour le premier amendement. Voir en ce sens : M. KAMMEN, *Spheres of Liberty. Changing Perceptions of Liberty in American Culture*, Ithaca/London, Cornell University Press, 1986.

25. D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1702. Dans le même sens, voir : B. ACKERMAN, *loc. cit.*, note 19.

26. D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1704-1717.

27. *Id.*, 1707.

28. *Id.*, 1707, note de bas de page 24.

29. *Id.*, 1717-1729.

dynamique, celle de la limitation des pouvoirs des États fédérés. La Cour suprême des États-Unis élabore en effet à cette époque toute une série de normes censées protéger la liberté individuelle contre les atteintes gouvernementales. Mais, fait important, ces normes sont inspirées non pas du premier amendement, mais plutôt de la common law. En fait, la Cour constitutionnalise littéralement la common law, alors conçue comme une expression du droit naturel, par opposition au droit positif légiféré de l'État<sup>30</sup>. Derrière ce renvoi aux principes « naturels » de la common law se profile, on s'en doute, une méfiance larvée envers l'État-Léviathan : l'action de l'État est jugée *a priori* illégitime<sup>31</sup>. L'intervention négative de la Cour se trouve dès lors justifiée par la nécessité de « restaurer l'ordre naturel troublé par l'action législative », pour paraphraser le professeur Tribe<sup>32</sup>. Il s'agit donc de laisser libre cours aux forces de la nature, qui se chargeront bien de s'autoréguler.

Le concept de liberté se voit alors reformulé sur la base de la prémisse de l'inviolabilité du droit de propriété privée, duquel découle celui de conclure des contrats ayant trait à cette propriété. La Cour suprême affirme ainsi le primat de la liberté économique, inaugurant du même souffle un courant jurisprudentiel qui sera marqué par une hostilité déclarée envers toute loi « sociale<sup>33</sup> ». Mais que deviennent alors les libertés publiques,

30. *Id.*, 1722-1723.

31. *Id.*, 1722. Notons en aparté que cette tendance à « naturaliser » la common law ne constitue nullement un phénomène typiquement américain et encore moins un phénomène du passé. En droit constitutionnel canadien, par exemple, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd. c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1986] 2 R.C.S. 573, de soustraire les règles de la common law de droit privé à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11)], alors que des règles de droit civil destinées à régir des relations juridiques du même type sont soumises à cette charte simplement parce qu'elles ont été édictées par voie législative, ne pourrait-elle pas être lue comme procédant du postulat que la common law constitue en quelque sorte le droit « naturel » du Canada, alors que le droit civil, quant à lui, ne serait qu'un droit « artificiel » ou une espèce de bizarrerie avec laquelle il faut faire ?

32. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2<sup>e</sup> éd., Mineola, Foundation Press, 1988, n° 8-6, pp. 578-579.

33. L'arrêt fondamental en ce sens est *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Dans cette espèce, la Cour suprême des États-Unis déclara inconstitutionnelle une loi de l'État de New York qui limitait à 60 heures la semaine de travail des employés des boulangeries de l'État. Associant la liberté au droit de propriété privée et à celui de contracter pour louer ses services ou ceux d'un tiers (*purchase and sell labor*), elle estima sur cette base que la loi en cause constituait une ingérence inacceptable dans l'autonomie des parties contractantes, telle qu'elle était consacrée en common law. Cette ingérence lui apparut particulièrement inacceptable au vu des faibles risques que l'activité réglementée faisait peser sur la santé des employés de boulangerie. En quelque sorte, la fin devait justifier

particulièrement la liberté d'expression consacrée dans le premier amendement de la Constitution ? Cette dernière est tout simplement — et une fois de plus — reléguée à l'arrière-plan, puisque la toute-puissante common law ne la protège pas. La Cour suprême ira même jusqu'à affirmer explicitement la primauté du droit de propriété sur la liberté d'expression<sup>34</sup>. La censure continue donc de sévir entre la guerre de Sécession et le *New Deal*<sup>35</sup>. C'est justement avec la mise en œuvre du programme social du *New Deal* que la Cour suprême des États-Unis effectue un virage dont les effets se font encore sentir aujourd'hui.

Le développement de l'État-providence en réponse à la crise économique des années 30 et l'émergence corollaire d'une imposante bureaucratie vouée à la mise en œuvre des programmes sociaux de cet État-providence provoquent en effet un changement radical dans la conception judiciaire de

---

les moyens. Or, compte tenu de la portée de la mesure contestée, la Cour considéra que l'objectif visé par le législateur était probablement autre que la simple protection de la santé des travailleurs. Comme le remarque le professeur Tribe, pareille approche témoigne du refus de la Cour de l'époque de s'en remettre au jugement du législateur, fondé sur des rapports d'experts, quant à l'évaluation des risques rattachés à une activité économique donnée et de son adhésion aux théories conservatrices, voire au darwinisme social prôné par Herbert Spencer. Voir : L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 32, pp. 568-570. L'hostilité déclarée de la Cour suprême des États-Unis envers les lois sociales incita même un Franklin Roosevelt soucieux d'éviter que son *New Deal* se heurte au conservatisme de la Cour à modifier substantiellement la composition de la Cour. Toutefois, son projet, dit de *Court-packing*, échoua.

34. *Davis v. Commonwealth of Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897). Dans cet arrêt, la Cour valida un décret de la ville de Boston qui interdisait, sous réserve de la permission du maire, les discours dans des lieux publics, en invoquant notamment que Davis ne pouvait avoir de droit constitutionnel de s'exprimer dans un lieu public parce qu'il ne détenait aucun intérêt de propriétaire (*proprietary interest*) dans ce lieu. Il convient par ailleurs de noter que cet arrêt confirmait un jugement d'une cour inférieure du Massachusetts, qui avait été rédigé par le juge Oliver Wendell Holmes Jr. Fait intéressant, celui-ci, une fois nommé à la Cour suprême, devait être à l'origine du virage libertaire de la Cour en matière de liberté d'expression. Pour ce jugement de Holmes, voir : *Commonwealth of Massachusetts v. Davis*, 162 Mass. 510 (1895). Remarquons enfin que cette position jurisprudentielle se situe aux antipodes de celle qui existe aujourd'hui aux termes de la doctrine du « forum public ».
35. Voir généralement sur cette question : D.M. RABBAN, « The First Amendment in Its Forgotten Years », (1981) 90 *Yale Law Journal* 514. De tous les arrêts de cette époque validant des mesures gouvernementales destinées à censurer la libre expression, les plus marquants sont, d'une part, *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919) et *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), où la Cour confirma des condamnations criminelles prononcées en vertu de l'*Espionage Act*, qui prohibait toute forme d'obstruction à la conscription ou d'incitation à l'insubordination au sein de l'armée, et, d'autre part, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), où la Cour confirma la validité d'une mesure législative criminalisant la diffusion d'idées socialistes par la distribution de tracts ou l'organisation de réunions.

la liberté. En quelques années, l'arrêt *Lochner v. New York*<sup>36</sup> est répudié<sup>37</sup> ; le keynésianisme est légitimé<sup>38</sup> et, avec lui, l'activisme étatique caractéristique du *New Deal*<sup>39</sup>. S'il est difficile de préciser avec exactitude les causes de ce revirement jurisprudentiel, on peut tenir pour avéré que ce sont surtout les pressions sociales et politiques que subissait la Cour suprême du fait du projet de *Court-packing* de Roosevelt et de la très grande popularité du *New Deal*, ainsi que l'évolution de la pensée sociale à la suite de la dépression de 1930, qui l'ont amenée à « conclure » un concordat implicite avec les autres branches de l'appareil étatique (cependant, le concept de contrat d'adhésion décrirait peut-être mieux son entreprise...). Ainsi, contre le retrait de son opposition de principe à la législation sociale de l'État, elle réaffirme son droit d'intervenir lorsque des libertés politiques sont en cause. Est-il besoin de le mentionner, ce concordat occupe une place centrale dans l'histoire de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis.

En effet, à partir du moment où est consacrée la légitimité de l'activisme étatique dans le champ économique, l'ennemi d'hier disparaît, d'où la nécessité de réexaminer le sens donné jusque-là au concept de liberté. C'est précisément la tâche que s'est donnée la Cour suprême des États-Unis en reconceptualisant la liberté de manière à faire contrepoids au pouvoir plus que jamais étendu du nouvel État-providence. Tout légitime fût-il, cet État nouveau genre n'était pas lui non plus immunisé contre les dérives totalitaires. D'une part, l'appareil bureaucratique qui lui était afférent paraissait de plus en plus éloigné des préoccupations des citoyens, sans être pour autant contraint, comme les politiciens élus, par des considérations liées à la représentativité démocratique. D'autre part, le spectre des totalitarismes

---

36. *Supra*, note 33.

37. Cette répudiation résulte d'une série d'arrêts rendus à partir de 1934, qui valident des mesures sociales portant atteinte à la liberté économique d'une manière telle qu'elles auraient été déclarées inconstitutionnelles sous l'empire de l'affaire *Lochner*. Voir notamment : *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) ; *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934) ; *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) ; *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937) ; *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U.S. 1 (1937) ; *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941) ; *Phelps Dodge v. National Labor Relations Board*, 313 U.S. 177 (1941) ; *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942). Voir surtout la répudiation expresse et unanime de l'affaire *Lochner* dans *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 U.S. 525 (1949). Cependant, certains arrêts de la même époque vont à l'encontre de cette nouvelle orientation et témoignent de la présence de flottements idéologiques au sein de la Cour. Voir : *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) ; *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936) ; *Morehead v. New York ex. rel. Tipaldo*, 297 U.S. 702 (1936).

38. *Osborn v. Ozlin*, 310 U.S. 53 (1940).

39. D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1732.

fascistes et communistes se faisait de plus en plus présent à cette époque. Aussi tous ces facteurs contribuèrent-ils à inciter la Cour à revoir entièrement sa conception de la liberté<sup>40</sup>.

Plutôt que de protéger l'activité économique de l'ingérence étatique, comme elle l'avait fait jusqu'alors, la Cour résolut de s'intéresser dorénavant aux ingérences étatiques dans le processus politique<sup>41</sup> et de les assujettir à un contrôle judiciaire très strict<sup>42</sup>. En revanche, l'orientation générale présidant à l'exercice de son pouvoir de contrôle restait la même : « protecting private resources against government redistribution<sup>43</sup> ». Un mot résume à lui seul la philosophie inspirant cette doctrine : « libertarisme ». La seule véritable constante qui se dégage de la jurisprudence et de la doctrine dominantes contemporaines se trouve en effet dans la réaffirmation continue de l'inopportunité de principe de toute réglementation étatique de la liberté d'expression. Mark Graber, bien qu'il distingue deux grandes époques dans l'histoire du libertarisme judiciaire américain, l'une marquée par un libertarisme conservateur, l'autre par un libertarisme « social », situe la seconde dans un continuum avec la première<sup>44</sup>. La seconde, qui conditionne encore aujourd'hui l'interprétation du premier amendement, fournit en quelque sorte la toile de fond de la théorie moderne de cette disposition constitutionnelle.

C'est donc à l'époque du *New Deal* que l'on peut retracer les origines de cette théorie, dont l'émergence a somme toute été provoquée par une restructuration fondamentale du rôle de l'État et des modes d'action étatique. On le voit, nous sommes bien loin ici de l'interprétation orthodoxe qui en fait l'héritière « naturelle » des idées des pères fondateurs de la République américaine. Cela explique pourquoi les « nouveaux historiens » du premier amendement ne voient dans cette interprétation que manipulation ou mensonge. Pour ces derniers, la validation de l'interprétation libertaire du premier amendement par son rattachement à une tradition immémoriale inventée fossilise littéralement cette disposition constitutionnelle et la rend

---

40. *Ibid.*

41. *Id.*, 1736.

42. L'idée de les assujettir à une telle norme de contrôle judiciaire fut lancée par le juge en chef Stone dans la célèbre note de bas de page 4 de l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Elle devait plus tard figurer dans de nombreux arrêts. Voir : R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 4, St. Paul, West Publishing Co., 1992, n° 20.7, p. 19. Pour cette raison, Yassky considère l'arrêt *Carolene* comme marquant la renaissance du premier amendement et même du *Bill of Rights*. Voir : D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1737, note de bas de page 145.

43. D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1738.

44. M.A. GRABER, *op. cit.*, note 16, p. 9-10.

réfractaire à toute évolution significative. En témoigne par exemple l'évacuation, chez les tenants de l'interprétation orthodoxe, de tout débat de fond portant sur la qualité de la saisie juridique des revendications visant à une redistribution du capital culturel<sup>45</sup>. Dans ce sens, un auteur soutient à l'encontre du professeur Harry Kalven, l'un des plus illustres représentants du courant orthodoxe<sup>46</sup>, que la théorie moderne du premier amendement, loin de procéder d'une tradition immémoriale, n'est ni intemporelle ni intangible<sup>47</sup>. Elle est au contraire éminemment située, historiquement, socialement et idéologiquement<sup>48</sup>.

Cela dit, comment expliquer, autrement que par un besoin de sécurité intellectuelle, que l'interprétation libertaire du premier amendement, faussement présentée comme procédant d'une tradition immémoriale, soit restée si longtemps incontestée ? Mark Graber propose à cet égard deux pistes de réflexion. D'une part, cette situation découlerait du conflit d'intérêts non divulgué de celui qui a donné son premier souffle à l'interprétation libertaire du premier amendement. En effet, Graber soutient que le professeur Zechariah Chafee Jr., dont l'œuvre immense tient pratiquement lieu d'« Ancien Testament » du premier amendement, a occulté des grands pans de l'histoire de l'interprétation judiciaire de cette disposition, préférant plutôt sélectionner les moments qui convenaient le mieux à son idéologie libertaire tout en prétendant faire œuvre entièrement désintéressée. C'est ainsi que l'interprétation libertaire se serait imposée comme la seule « véritable » interprétation du premier amendement<sup>49</sup>. D'autre part, la persistance de la croyance en l'existence d'une tradition interprétative « intemporelle » est également attribuable à l'habitude qu'ont les juristes de mettre l'accent sur les conclusions de l'argumentation juridique plutôt que sur les prémisses de celle-ci. D'après Graber, les penseurs qui se sont intéressés à l'évolution de l'interprétation du premier amendement ont souvent eu tendance à limiter leur champ d'étude aux seules circonstances qui, selon les tribunaux, permettent au gouvernement de restreindre la liberté d'expression. Or, cet auteur soutient qu'une telle démarche intellectuelle tronque l'analyse en accentuant les points communs entre les penseurs libertaires tout en diminuant les divergences qui existent entre eux sur le plan des prémisses de l'argumentation. En effet, si tous les penseurs libertaires s'entendent sur l'à-propos de la non-intervention gouvernementale dans le champ de

---

45. *Id.*, p. 13 ; D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1741-1742.

46. Voir : H. KALVEN Jr., *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*, New York, Harper & Row, 1988.

47. M.A. GRABER, *op. cit.*, note 16, p. 1-5.

48. *Id.*, p. 216.

49. *Id.*, pp. 6, 122-164.

l'expression, les prémisses invoquées au soutien de cette conclusion sont susceptibles de varier radicalement, au point même de procéder de justifications philosophiques entièrement différentes. Cette occultation des divergences favorise donc la croyance en l'existence d'une « tradition » commune et monolithique<sup>50</sup>, assurant ainsi le triomphe de la mythologie sur l'histoire et démontrant, involontairement peut-être, la nature autolégitimante du discours juridique<sup>51</sup>.

Dans ce sens, à travers une vaste entreprise de fiction, l'interprétation orthodoxe du premier amendement fait passer pour de l'histoire ce qui relève d'une mémoire particulière<sup>52</sup>. Or, s'il est loisible de voir dans l'évolution de cette disposition constitutionnelle un « texte » au sens derridéen du terme<sup>53</sup>, cette évolution ne constitue pas pour autant un « roman », au sens courant du mot. Sans nier la légitimité de cette mémoire, il paraît donc important de la distinguer de l'histoire, ce qui implique de démythifier l'« histoire inventée » du premier amendement. Une telle entreprise commande certes un réexamen des méthodes traditionnelles d'analyse, mais

50. *Id.*, p. 7. Voir aussi : O.M. FISS, « Free Speech and Social Structure », dans J. LOBEL (dir.), *A Less Than Perfect Union. Alternative Perspectives on the U.S. Constitution*, New York, Monthly Review Press, 1988, p. 347.

51. Dans cette optique, l'usage de la rhétorique est fort utile. Celle-ci est utilisée par les auteurs du discours juridique, principalement les juges, pour persuader leurs auditoires de la légitimité du droit et, partant, de la légitimité de leur action. En fait, cet exercice d'autolégitimation du droit procède en quelque sorte d'un mouvement perpétuel de persuasion de ces auditoires. Sur la question de l'usage de la rhétorique en droit constitutionnel, notamment sous l'empire des chartes, voir généralement : M. GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 1. Sur la question des « auditoires » en droit, voir les travaux de Chaim Perelman. Sur la question, corollaire, des « communautés d'interprétation », voir ceux de Stanley Fish.

52. L'histoire et la mémoire, nous dit Michel Wieviorka, constituent des « modalités distinctes du rapport au passé », la première prétendant plutôt à l'objectivité, et la seconde étant « nécessairement subjective [et] centrée sur l'expérience de ceux qui la font vivre, avec tout ce que cela peut impliquer d'oublis et de sélection ». Voir : M. WIEVIORKA, « Mémoire, histoire et intégration » dans F. MORGIENSZTERN (dir.), *Mémoire et intégration*, Paris, Syros, 1993, pp. 113-114.

53. Nous nous référons ici à la pensée du philosophe Jacques Derrida, le « père » de la déconstruction. Il résume comme suit ce concept, ainsi que son emploi du mot « texte » : « Dans des contextes toujours très déterminés, [déconstruction] est l'un des noms possibles pour désigner, par métonymie en somme, ce qui arrive ou n'arrive pas à arriver, à savoir une certaine dislocation qui en effet se répète régulièrement — et partout où il y a quelque chose plutôt que rien : dans ce qu'on appelle classiquement les textes de philosophie classique, bien sûr et par exemple, mais aussi dans tout « texte », au sens général que j'essaie de justifier pour ce mot, c'est-à-dire dans l'expérience tout court, dans la « réalité » sociale, historique, économique, technique, militaire, etc. » Voir : J. DERRIDA, *Points de suspension. Entretien choisis et présentés par Élisabeth Weber*, Paris, Galilée, 1992, p. 367.

surtout une mise en question des habitudes intellectuelles des juristes. Aussi, indépendamment de l'opinion que l'on peut avoir sur la valeur du droit contemporain de la liberté d'expression aux États-Unis, le principal mérite des travaux des nouveaux historiens du premier amendement est sans conteste d'avoir montré combien il est facile de manipuler l'histoire pour légitimer une interprétation<sup>54</sup>. Leur second mérite, et non le moindre, est de nous inciter à nous questionner sur les méthodes que nous utilisons pour évaluer l'état du droit sur un sujet donné.

Proposent-ils, en revanche, des méthodes de rechange qui permettraient d'éviter l'écueil de la légitimation acritique ? Graber, pour sa part, suggère de resituer la problématique juridique en cause dans ce qu'il appelle son environnement intellectuel, ce qui implique de tenir compte des contraintes internes qui pèsent sur les procès de justification rhétorique dans une communauté donnée ainsi que des liens qui existent entre ces procès et la structure sociale sous-jacente<sup>55</sup>. Abondant dans le même sens, Yassky ajoute cependant qu'une telle entreprise impose nécessairement de renoncer à l'analyse exégétique traditionnelle des problématiques juridiques. Il suggère ainsi que les interprètes du premier amendement se détachent de la lettre de cette disposition et de l'interprétation qu'elle a reçue en droit positif pour aborder son étude dans une perspective plus large. Autrement dit, il propose une réflexion comportant une part d'externalité. Cette approche holistique implique toutefois plus qu'une simple mise en contexte philosophique du premier amendement ; elle exige carrément une appréhension structurelle de cette disposition<sup>56</sup>.

Une telle démarche place au centre de l'analyse les potentialités de réforme *inhérentes* à la structure sociale et constitutionnelle : « When people set out to reform institutions, the existing contours of these institutions often play a decisive role in determining the direction of the change. Political movements are almost always channelled through existing structures of political participation, strengthening some and weakening others. Once insurgents occupy the existing institutions, their new perspective may influence vision of desirable reform<sup>57</sup>. » En d'autres termes, on pourrait dire que Yassky envisage la Constitution comme un système ouvert sur le plan informationnel qui pose lui-même les critères qui détermineront quelles

---

54. Voir en ce sens : L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 32, n° 12-1, p. 785, note de bas de page 3.

55. M.A. GRABER, *op. cit.*, note 16, p. 10.

56. D. YASSKY, *loc. cit.*, note 16, 1743-1744.

57. *Id.*, 1748.

propositions de changements provenant de l'environnement extraconstitutionnel seront acceptées par le système<sup>58</sup>.

Cela dit, que retenir des positions sœurs de Graber et Yassky ? Une chose fondamentale, d'abord : la première étape de toute saisie constitutionnelle complexe d'un phénomène donné consiste en la collecte et en l'examen des données factuelles entourant ce phénomène, sans qu'aucun tri normatif ne soit opéré à ce stade. La démarche devrait donc partir de l'externe *vers* l'interne, plutôt que de procéder de l'interne *sur* l'externe. Au surplus, elle devrait témoigner d'un constant souci quant à l'impact de la composante idéologique sur les conclusions atteintes. Cela supposera donc de dénoncer ces idéologies, non pas parce qu'il est anormal d'adhérer à des idéologies et que l'adhésion à celles-ci soit perçue comme intrinsèquement problématique, mais parce qu'il y a lieu d'extirper le plus de normatif possible de cette première étape de la démarche analytique. Une fois que l'on se sera assuré d'avoir rendu justice aux faits, c'est-à-dire à tous les faits, même à ceux qui contrarient notre prisme idéologique, le normatif reprendra sa place. Mais, au moins, l'élément idéologique du normatif aura été clairement exposé et ses effets auront été retardés de manière qu'il ne fasse pas *a priori* obstacle à l'écoute des discours divergents. Toutefois, malgré

58. Cette façon de voir rappelle les thèses de Niklas Luhmann et de Gunther Teubner sur le caractère autopoïétique du système juridique. La description du droit comme système autopoïétique se réfère à sa nature fondamentalement « autoréférentielle », qui fait du droit un système autonome, donc *a priori* étanche aux influences des autres systèmes sociaux. L'« autoréférentialité » du droit se manifeste principalement dans la manière dont le droit, système normativement clos, gère les entrées environnementales extra-systémiques. Ainsi, ce sont les critères que le système juridique fixe lui-même qui détermineront si ces entrées seront reçues ou non dans ce système. Autrement dit, les données, qu'elles soient d'ordre factuel ou normatif, qui sont à l'extérieur du droit ne pourront y pénétrer que si le droit le veut bien. Elles ne peuvent que se donner à voir au droit, sans jamais pouvoir s'imposer à lui. En sorte que, pour reprendre les mots de Teubner, « le droit prend son origine dans l'arbitraire de sa propre positivité ». La validité du droit tient à son auto-référentialité, c'est-à-dire à l'application d'opérations juridiques au résultat d'autres opérations juridiques. La validité ne peut pas s'importer de l'extérieur, elle ne peut être qu'un produit interne du droit [...] [L]e droit positif [devient alors] un droit auto-produit : il ne s'agit pas d'un droit fait de main d'homme, mais d'un droit produit par le droit. » Voir : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 8. Dans cette optique, les changements dans le droit constitutionnel positif, comme ceux dont nous traitons, seront modélisés comme procédant d'un *auto-amendement constitutionnel*, c'est-à-dire comme ceux qui, après avoir satisfait aux critères dynamiques de ce champ du droit, seront reçus par lui (*id.*, p. 12). Voir également : N. LUHMANN, « The Self-Reproduction of Law and Its Limits », dans N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990, pp. 227-245. Pour un bon résumé de ces thèses et des critiques formulées contre elles, voir : L. BINET, « Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit », (1991) 32 *Cahiers de droit* 439.

de réelles qualités, le droit américain de la liberté d'expression ne semble pas prêt d'adopter cette approche, tant y est grande l'emprise du donné sur le construit. Phénomène qui, du reste, se trouve amplifié par un usage acritique de métaphores.

## 2. Métaphores

« Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press ». On ne peut manquer d'être frappé par l'absolutisme du libellé du premier amendement de la Constitution des États-Unis. À n'en pas douter, cet absolutisme a eu un impact considérable non seulement sur la place qu'occupe cette disposition constitutionnelle dans la psyché juridique américaine, mais aussi sur la hiérarchie des droits et libertés garantis dans le *Bill of Rights*. En effet, dès les années 30, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis a placé le premier amendement sur un piédestal, de sorte qu'il bénéficie aujourd'hui d'un statut privilégié par rapport aux autres dispositions de la Constitution américaine<sup>59</sup>. Pourtant, la reconnaissance, d'abord explicite, ensuite implicite, d'un tel statut n'a pas entraîné l'application généralisée d'une grille absolutiste d'interprétation. En effet, toute espèce n'est pas mesurée à l'aune de la primauté absolue du premier amendement. Au contraire, la Cour suprême a élaboré une jurisprudence dans laquelle elle s'évertue à distinguer les situations qui requièrent un contrôle judiciaire plus strict, donc plus près d'une interprétation absolutiste du premier amendement, et celles qui autorisent un certain relâchement de ce contrôle, ce qui emporte un respect accru envers les mesures étatiques attentatoires à la liberté d'expression. Cela dit, la tentation absolutiste demeure toujours présente. Celle-ci tient à plusieurs facteurs qui proviennent autant de l'extérieur que de l'intérieur du système juridique. On compte notamment parmi eux la place fondamentale accordée à la liberté dans le constitutionnalisme américain, la mythologie entourant la genèse et l'évolution du premier amendement, de même que le statut particulier que lui ont façonné les tribunaux. Mais il y a plus : l'interprétation de la liberté d'expression aux États-Unis se démarque de celle des autres pays occidentaux par la quête qui l'inspire, la protection de l'expression dissidente. La figure du dissident affirmant sa différence malgré les persécutions de l'État y est en effet omniprésente. Elle est, en pratique, paradigmatique<sup>60</sup>.

59. *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943), 115 : « Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position » (J. Stone). Sur la persistance de ce statut privilégié, voir : R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 42, n° 20.7, p. 21.

60. S.H. SHIFFRIN, *op. cit.*, note 15, p. 5. Un autre auteur, pour sa part, parle de l'individualisme romantique qui inspire l'interprétation libérale du premier amendement. Voir : R.M. SMITH, *Liberalism and American Constitutional Law*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1985, p. 107.

Ce paradigme représente une embûche supplémentaire sur le chemin de tous ceux qui, par exemple, prônent une reformulation égalitariste du droit américain de la liberté d'expression, comme les juristes féministes ou les tenants de la *Critical Race Theory*. En effet, c'est d'abord et avant tout le point de vue du dissident que les tribunaux écouteront, car c'est l'expression dissidente qu'ils se sont donné pour mission de protéger. C'est lui qui est la victime, et non pas les personnes que ses propos heurtent. C'est par rapport à lui que se mesure la tolérance de la société libérale. Se positionner comme dissident devient dès lors un gage de succès judiciaire. Toute la question est donc de savoir qui peut se qualifier comme « dissident ». Or, force est de constater que le paradigme de la dissidence ouvre toutes grandes les portes de cette qualification. Il exacerbe l'individualisme dont est *a priori* empreinte l'interprétation judiciaire du premier amendement et renforce le relativisme éthique dont est porteuse la philosophie libertaire qui l'inspire<sup>61</sup>, sans pour autant voir son influence contrebalancée de façon tangible par d'autres droits fondamentaux<sup>62</sup>. En sorte qu'être un « dissident » aux yeux du droit américain de la liberté d'expression, c'est avant tout faire preuve d'astuce dans l'usage du droit<sup>63</sup>...

Mais, si fondamental soit-il, le paradigme de la dissidence est cependant loin de constituer le seul référent philosophique à nourrir l'interprétation du premier amendement. D'autres justifications philosophiques viennent en effet s'y ajouter. Compte tenu des problèmes de fiabilité et de sclérose intellectuelle liés aux interprétations purement « originalistes » du premier amendement<sup>64</sup>, ces justifications servent en quelque sorte à mettre en œuvre le paradigme de la dissidence et, ultimement, la garantie constitutionnelle de

61. R. ABEL, *Speech and Respect*, London, Stevens & Sons/Sweet & Maxwell, 1994, p. 33.

62. On notera ainsi que le droit américain de la liberté d'expression exclut toute prise en considération du droit à l'égalité consacré dans le quatorzième amendement du *Bill of Rights*, rendant par exemple pratiquement impossible la prohibition de formes extrêmes d'expression antiégalitaire, comme la propagande haineuse (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)) ou la pornographie *hardcore* (*American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut*, 771 F. 2d 323 (1985) (Cour d'appel du 7<sup>e</sup> circuit, confirmé sommairement par la Cour suprême des États-Unis dans 475 U.S. 1001 (1986)).

63. Il est intéressant de noter qu'alors que les dissidents d'hier étaient généralement des utopistes imbus d'idées de justice sociale, de solidarité et d'égalité, comme des socialistes, ceux d'aujourd'hui sont souvent des sympathisants de groupes fascistes comme le Ku Klux Klan ou les néo-nazis. Voir, par exemple: *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 197 (1978) (C.A., 7<sup>e</sup> circuit); *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis dans 439 U.S. 916 (1978); *R.A.V. v. City of St. Paul*, précité, note 62.

64. Nous faisons référence ici aux interprétations qui se réclament systématiquement de la pensée des « pères fondateurs ». Sur leur absence de fiabilité et leurs effets sclérosants, voir: R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 42, n<sup>o</sup> 20.6, p. 14.

la liberté d'expression. Pour l'essentiel, elles procèdent tantôt d'une idée préalable de la valeur intrinsèque de la liberté d'expression, tantôt d'une représentation du rôle que joue cette liberté dans une société démocratique. On ne s'étonnera pas, dans ce sens, de leur parfum très « moderne ». Pour cette raison, ces justifications ne sont pas comme telles propres au droit américain de la liberté d'expression. En effet, qu'elles soient ou non d'origine américaine, on les retrouve dans les corpus jurisprudentiels d'autres pays, dont le Canada<sup>65</sup>. Mais chaque régime de droit étant un localisme, ces justifications prennent, aux États-Unis comme ailleurs, une couleur particulière, adaptée à l'imaginaire du pays qui se les approprie. En fonction de cette variable, certaines se verront conférer un rôle plus important que d'autres.

Mais, au fait, comment justifie-t-on la protection constitutionnelle de la liberté d'expression dans la jurisprudence américaine ? Dans un esprit bien libéral, on dira tantôt qu'elle favorise l'épanouissement individuel<sup>66</sup>, tantôt qu'elle accroît l'esprit de tolérance qui est censé régner dans une démocratie pluraliste<sup>67</sup>. Dans une perspective plus instrumentale, on ajoutera que, en garantissant aux citoyens un accès minimal à l'information, elle leur permet de participer efficacement à la chose publique<sup>68</sup>, outre qu'elle sert de « soupe-pape de sûreté » à la société, puisqu'elle encourage la verbalisation des rancœurs au détriment de modes plus violents de résolution des conflits sociaux<sup>69</sup>. Cela dit, dans la pyramide des justifications, il en est une qui, à n'en pas douter, se situe au faite. Il s'agit de la recherche de la vérité, démarche dans le cadre de laquelle la liberté d'expression sert d'outil

---

65. Voir par exemple le résumé des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression fait par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 725-728.

66. Pour une « justification » de cette justification, voir notamment : M. REDISH, « The Value of Free Speech », (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 591. Voir à ce sujet le débat suivant : C.E. BAKER, « Realizing Self-Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's *The Value of Free Speech* », (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 646 ; M. REDISH, « Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression: A Reply to Professor Baker », (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 678.

67. L.C. BOLLINGER, *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York/Oxford, Oxford University Press/Clarendon Press, 1986.

68. Le principal partisan de cette thèse est le professeur A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, Harper, 1948. Comme le remarque toutefois Tribe, il est légitime de se demander pourquoi valoriser ainsi précisément la participation au processus politique. Aux tenants de la thèse du *self-government* qui soutiennent que cette participation favorise en bout de ligne l'épanouissement personnel des individus, Tribe rétorque que si tel est le cas, pourquoi ne pas tout simplement « adhérer » à la thèse, moins discutable, de l'épanouissement individuel ? Voir : L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 32, n° 12-1, p. 787.

69. Voir sur cette question : R.D. ROTUNDA et J.E. NOWAK, *op. cit.*, note 42, n° 20.6, p. 18.

heuristique. Cette justification s'est assurée ce statut enviable en raison de la modélisation théorique qui la sous-tend. Cette modélisation repose sur une métaphore, celle du « marché libre des idées », qui sert à légitimer l'interprétation dominante de la liberté d'expression aux États-Unis<sup>70</sup>. Ayant fait immixtion dans la jurisprudence par le truchement d'une dissidence du juge Oliver Wendell Holmes Jr.<sup>71</sup>, cette métaphore du marché libre des idées s'inspire de celle du choc des idées, dont on trouve le ferment dans les écrits philosophiques de Milton et de Stuart Mill<sup>72</sup>. Selon cette modélisation, la libre circulation de l'information entraînerait un choc des idées qui, en retour, assurerait le triomphe de la vérité. Elle aurait, au surplus, comme effet incident d'améliorer la qualité de la vie démocratique, en garantissant la présence de citoyens informés de façon appropriée et, dès lors, aptes à exercer des choix rationnels.

En fait, cette métaphore suppose que chacun dispose de chances égales d'accéder au marché des idées et que celui-ci révèle infailliblement la vérité, d'où, soutient-on, l'inutilité des interventions étatiques positives en matière de liberté d'expression, leur inconstitutionnalité de principe et, corollairement, l'obligation de neutralité qui incombe à l'État en ce qui a trait à la réglementation du contenu de l'expression. Autrement dit, la métaphore du marché libre des idées procède d'une logique doublement autonomiste :

---

70. On trouve aussi en droit canadien des renvois à cette métaphore, mais son impact est toutefois moindre. Voir par exemple le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, C.S. Canada, n° 25506, 20 août 1998, par. 68. Notons par ailleurs que la métaphore du marché des idées possède un caractère encore plus instrumental que les autres justifications abordées jusqu'à maintenant, puisque la démarche heuristique qu'elle modélise profite d'abord et avant tout à la société dans son ensemble plutôt qu'aux individus qui s'expriment. Voir en ce sens : S. INGBER, « The Marketplace of Ideas : A Legitimizing Myth », (1984) *Duke Law Journal* 1, 4. Pour une auteure, cette modélisation est problématique en ce qu'elle intervertit le rapport que, selon les recherches menées en psychologie, l'on devrait établir entre le bien-être individuel et le bien-être social. Alors que la théorie du marché des idées postule que la liberté d'expression est le gage du bien-être de la société dans son ensemble, ce qui favorise dès lors le bien-être des individus qui la composent, Trollinger soutient à l'inverse que le bien-être de la société est d'abord fonction du bien-être des individus. Voir : T. TROLLINGER, « Reconceptualizing the Free Speech Clause : From a Refuse of Dualism to the Reason of Holism », (1994) 3 *George Mason Independent Law Review* 137, 141.

71. Voir : *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

72. Il s'agit, en l'occurrence, de l'*Aeropagitica* de John Milton (Londres, N. Douglas, 1927) et de l'essai *On Liberty* de John Stuart Mill (Londres, Penguin Books, 1974). C'est à dessein que nous disons que cette métaphore « s'inspire » de celle du choc des idées. En effet, contrairement à l'idée répandue tant dans la doctrine que dans la jurisprudence américaine, ni Milton ni Mill n'ont parlé de « marché ». Voir : H. BOSMAJIAN, *Metaphor and Reason in Judicial Opinions*, Carbondale/Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1992, p. 54.

d'une part, elle tient pour acquis que les individus exercent leurs choix en tant qu'agents *parfaitement autonomes* et, d'autre part, elle postule que le fonctionnement *autonome* du marché suffit à lui seul pour faire triompher la vérité. Ces suppositions sont-elles bien fondées ? Plusieurs estiment que non. Voyons brièvement pourquoi.

On peut d'abord s'interroger sur la viabilité empirique de cette modélisation au regard de la justification qu'elle est censée valider théoriquement, en l'occurrence la recherche de la vérité. Même en faisant abstraction du problème épineux de ce que constitue la « vérité », il faut bien reconnaître que l'histoire démontre que la vérité n'émerge pas toujours victorieuse du choc des idées<sup>73</sup>. Le succès du nazisme et de tant d'autres idéologies mensongères le prouve éloquemment. Souvent, bien plus qu'un hypothétique choc des idées, c'est la combinaison de l'exercice par certains du pouvoir que leur confère préalablement un statut social privilégié, de l'indifférence dont font preuve les autres face à l'exercice de ce pouvoir, ainsi que des alliances stratégiques conclues entre les détenteurs d'intérêts particuliers, qui assurera le triomphe et l'universalisation d'une des vérités possibles<sup>74</sup>. Sous cet angle, le « marché » ne garantit donc nullement le triomphe de la vérité sur le mensonge. Mais bien d'autres postulats erronés minent la validité du « marché libre des idées », cette simple métaphore qui, avec le temps, a été érigée au statut de théorie. Le professeur Kalven remarquait ainsi un jour que, dans son essence, la théorie « classique » du premier amendement se résumait à la défense et à l'illustration d'un *risque*, celui que des idées fausses circulent et règnent éventuellement<sup>75</sup>. Or, dans la théorie du marché des idées, le seul obstacle à la réalisation de ce risque est la capacité de discernement des citoyens qui forment l'auditoire de ceux qui expriment des opinions contradictoires. C'est pourquoi cette théorie, qui affirme le triomphe ultime de la vérité, doit, pour être cohérente, postuler non seulement la probabilité de ce triomphe, mais aussi et surtout la rationalité de citoyens tenus de faire preuve du discernement requis pour séparer le bon grain de l'ivraie. Toutefois, le plus souvent, les comportements des uns et des autres battent en brèche ce postulat de rationalité<sup>76</sup>. Mais au-delà même des comportements observables, ce postulat paraît intrinsèquement problématique du fait de la division qu'il opère entre les composantes rationnelle et émotionnelle de l'activité expressive. Cette lacune est particu-

---

73. M. REDISH, *loc. cit.*, note 66, 617 ; H. WELLINGTON, « On Freedom of Expression », (1979) 88 *Yale Law Journal* 1105, 1130.

74. S. INGBER, *loc. cit.*, note 70, 27.

75. H. KALVEN JR., « A Commemorative Case Note : *Scopes v. State* », (1960) 27 *University of Chicago Law Review* 505, 516.

76. Voir généralement : T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 70 ; S. INGBER, *loc. cit.*, note 70.

lièrement frappante lorsqu'on scrute cette activité en se souvenant que l'expression sert aussi à l'épanouissement de l'individu, pour ne pas dire à ses épanchements. Vue ainsi, l'expression émotive, irrationnelle, n'est pas plus dénuée de sens que l'expression dite « rationnelle ». Médiatisé autrement que par le truchement de la seule raison « raisonnante », le sens s'exprime tout simplement sous des formes différentes<sup>77</sup>.

Les lacunes de la théorie du marché des idées ne s'arrêtent pas là, tant s'en faut. En effet, pour que triomphe la vérité, encore faut-il que toutes les idées puissent accéder au marché « libre ». Tel n'est cependant pas le cas, car l'accès des idées au marché est le plus souvent fonction du statut social et de la condition économique des individus qui expriment ces idées. Or, sachant que certains ont plus facilement accès que d'autres aux moyens de communication, leurs idées vont dès lors recevoir un traitement privilégié. En ce sens, indépendamment de leur valeur intrinsèque, les idées sont filtrées avant même qu'elles n'atteignent le « marché », alors que la théorie du marché des idées prône au contraire que c'est celui-ci qui agit comme filtre. Dans ce contexte, on ne peut valablement soutenir que la « vérité » émerge nécessairement à la suite du « choc » des quelques idées qui, seules, ont accédé au marché<sup>78</sup>. Qui plus est, le fait que la métaphore du marché libre des idées impose à l'État une obligation théorique d'abstention en ce qui a trait à la réglementation de l'expression n'aide en rien à l'émergence de cette vérité. On ne peut du reste s'empêcher de noter le paradoxe qui fait qu'en pratique cette même métaphore appelle en quelque sorte une telle réglementation, en ce que la modélisation qu'elle propose est à sa face même tellement coupée des conditions concrètes dans lesquelles s'exerce la liberté d'expression qu'elle justifie par l'absurde une intervention étatique en la matière.

Procédant d'une modélisation outrageusement simpliste et utopique des processus de construction du sens dans l'espace communicationnel, l'usage constant de la métaphore du « marché libre des idées » dans la jurisprudence et la doctrine du premier amendement pose donc des problèmes épistémologiques évidents, notamment en faisant obstacle à une saisie juridique complexe des conditions d'exercice de la liberté d'expression dans une société bombardée par les informations<sup>79</sup>. En fait, l'idéal dont

---

77. Pour une tentative de dépassement de la raison dite « raisonnante » au profit d'une raison plus complexe, celle-là dite « sensible », voir : M. MAFFESOLI, *Éloge de la raison sensible*, Paris, Grasset, 1996.

78. L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 32, n° 12-1, p. 786.

79. Sur les présupposés épistémologiques erronés qui informent la théorie du marché libre des idées, voir : A.I. GOLDMAN et J.C. COX, « Speech, Truth, and the Free Market for Ideas », (1996) 2 *Legal Theory* 1.

cette métaphore fait la promotion se trouve « factuelisé », c'est-à-dire qu'on le prend non pas pour ce qu'il est, un idéal, mais pour ce que l'on voudrait bien qu'il soit, une réalité. Le « marché libre des idées » devient ainsi ce que Maurice Godelier appelle une « réalité idéelle<sup>80</sup> ». Il agit à ce titre comme l'obstacle épistémologique que Bachelard qualifiait de « verbal<sup>81</sup> ». Ce dernier visait par là les métaphores déficientes ou primitives qui, estimait-il, bloquent la pensée. Cette « imagerie première », en ce qu'elle paraît « suffisante et utilisable comme présupposé, ne justifi[e] donc pas de questionnement ultérieur sur ce qu'elle est censée décrire<sup>82</sup> ». On en vient ainsi à décrire « les phénomènes compliqués avec un matériel de phénomènes simples, exactement comme on éclaire une idée complexe en la décomposant en idées simples<sup>83</sup> ». En ce qui a trait au « marché libre des idées », dans la mesure où d'aucuns postulent, généralement pour des raisons idéologiques, son fonctionnement parfait plutôt que perfectible, une représentation idéelle, informée par l'idéal d'un marché véritablement libre, apparaît alors et s'incruste dans l'appréhension que font les individus de la réalité matérielle du marché des idées, qu'ils profitent ou non de cette réalité. La métaphore se trouve alors à agir comme une « éponge » épistémologique, pour reprendre une autre expression bachelardienne. Cela signifie en pratique que tout questionnement sur la création d'un véritable marché libre des idées sera bloqué *ab initio*. Toutes les difficultés d'accès à l'expression que vivent certains individus ou groupes en raison d'inégalités sociales seront dès lors occultées. Autrement dit, le simple usage d'une métaphore aura permis d'éluder la question des conditions de réalisation d'une liberté dont tous les citoyens sont censément titulaires, bref d'une *égale* liberté.

Mais nous parlons surtout ici des *conséquences* épistémologiques d'un usage acritique de cette métaphore. Une auteure, quant à elle, va plus loin en remettant en question sa prémisse épistémologique même. Pour Tona Trollinger, en effet, cette prémisse, qui veut que la libre concurrence des idées garantisse une société libre, est à plusieurs égards douteuse. Trollinger soutient, d'une part, que l'accent mis sur la compétitivité dans la théorie du marché des idées témoigne d'une conception strictement masculine des interactions humaines et de l'exercice de la liberté d'expression. S'inscrivant en faux contre cette façon de voir, elle estime qu'une conception féminine, plutôt axée sur l'harmonie et la communication, correspondrait mieux à la nature de la liberté que cherche à protéger le premier

80. M. GODELIER, *L'idéal et le matériel. Pensée, économies, sociétés*, Paris, Fayard, 1984, p. 198.

81. G. BACHELARD, *op. cit.*, note 3, p. 21.

82. *Id.*, p. 78.

83. *Id.*, p. 78-79.

amendement<sup>84</sup>. Si l'on peut reprocher à cette auteure de flirter un tantinet avec l'essentialisme, il n'en demeure pas moins qu'elle ouvre une piste de réflexion très intéressante. La modélisation du fonctionnement de la liberté d'expression dans la théorie du marché des idées est profondément « antagonogène<sup>85</sup> », alors même que cette liberté sert de préalable dans le cadre de ce qui est d'abord un processus communicationnel, et non oppositionnel. Une représentation aussi « pugilistique » de l'exercice de la liberté d'expression ne peut donc que polariser la saisie des situations où cette liberté est en jeu<sup>86</sup>. La logique dichotomique ainsi instaurée s'étendra bientôt à toutes les étapes de l'analyse, dont celle qui concernent les rapports devant être établis entre la liberté d'expression et l'égalité. En bout de ligne, la représentation analytique *formelle* du fonctionnement de la liberté d'expression permettra de faire fi des circonstances concrètes de cette liberté, lesquelles n'exigent pourtant pas une application systématique de cette logique dichotomique et atomisante. En ce sens, le modèle du conflit aura un impact normatif sur la pensée juridique. Il contribuera à perpétuer l'*idéologie* du marché des idées, dont Trollinger stigmatise ainsi les effets :

[...] by elevating speech above virtually every other value, the marketplace model prevents attainment of the requisites of individual health that are the essence of liberty ; obscures individuality by repudiating the history and community that exist within the individual ; impedes harmony by preferring competition to the possibility of peaceful acceptance of diversity and divergence ; places primacy on verbalization rather than communication ; presumes and fosters separation rather than connection ; and exalts hierarchical ordering, thereby diminishing the possibility of substantive equality and of real communication<sup>87</sup>.

En pratique, donc, le modèle mis en avant au moyen d'un usage acritique de la métaphore du marché libre des idées se situe à mille lieues d'une véritable « éthique de la discussion », pour reprendre l'expression de Jürgen Habermas<sup>88</sup>.

Notons enfin que la réitération continuelle, quasi rituelle, de cette métaphore empêche toute reconceptualisation constitutionnelle de la liberté d'expression autrement que comme liberté strictement négative. La logique

84. T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 70, 140.

85. Nous employons ici le néologisme « antagonogène » pour décrire une modélisation qui est de nature à susciter les antagonismes et à orienter la pensée dans une logique dichotomique. Par ailleurs, on voit les conséquences de ce que nous avons appelé précédemment le « concordat » imposé par la Cour suprême des États-Unis : si les tribunaux de ce pays acceptent désormais que l'État redistribue, dans une certaine mesure tout au moins, le capital économique, ils se montrent extrêmement réfractaires à l'idée d'une redistribution du capital culturel.

86. T. TROLLINGER, *loc. cit.*, note 70, 202-212.

87. *Id.*, 142.

88. Voir : J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

économiste qui l'inspire tire elle-même sa source de l'importance attribuée à l'idée de « propriété » dans le constitutionnalisme américain. Le professeur Michelman affirmait à cet égard ceci : « When we speak of constitutional protection for property rights, we think first of *keeping*, not *having* — of negative claims against interference with holdings, not positive claims to endowment or shares. Thus, we primarily understand property in its constitutional sense as an antiredistributive principle, opposed to governmental interventions into the existant regime of holdings for the sake of distributive ends<sup>89</sup>. » Il montre ainsi clairement le lien entre la mise en œuvre du principe de propriété dans le droit constitutionnel américain et la conception négative que ce droit donne à l'idée de liberté. Mais si, en matière de propriété, le droit constitutionnel a quelque peu desserré l'étai de la logique du marché et, par conséquent, relativisé le primat de la possession sur la distribution, il en va autrement quant à la liberté d'expression<sup>90</sup>. Dans ce cas, l'absolutisme perdure. Ainsi, dans une espèce où une limitation législative aux dépenses électorales était attaquée en vertu du premier amendement, la Cour suprême des États-Unis affirma le principe suivant : « The concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment<sup>91</sup>. » Une telle orientation jurisprudentielle incite Michelman à poser la question suivante : « Why have realism and relativity been such potent destroyers of juristic absolutism regarding legislative control of the market manifestations of possessive property rights, while absolutism still shields their manifestations in the political sphere<sup>92</sup> ? » En fait, dès lors que l'on parle de justice distributive, force est de constater que

89. F.I. MICHELMAN, « Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property », (1987) 72 *Iowa Law Review* 1319, 1319.

90. *Id.*, 1340-1350.

91. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), aux pages 48-49. Voir aussi, notamment : *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978). Voir sur ces arrêts et la jurisprudence subséquente qu'ils ont inspirée : W.J. CONNOLLY, « How Low Can You Go? State Campaign Contribution Limits and the First Amendment », (1996) 76 *Boston University Law Review* 483. Voir aussi l'arrêt *McIntyre v. Ohio Elections Committee*, 514 U.S. 334 (1995), où la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle, au nom de la liberté de s'exprimer anonymement, une disposition législative qui exigeait que les noms des auteurs d'un dépliant électoral soient inscrits sur le dépliant en question. On note toutefois une légère ouverture de la Cour suprême au discours égalitariste, perceptible notamment dans les arrêts *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990) et *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990). Voir : J.N. EULE, « Promoting Speaker Diversity: Austin and Metro Broadcasting », (1990) *Supreme Court Review* 105. Voir, par comparaison, l'approche adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Libman c. Procureur général du Québec*, [1997] 3 R.C.S. 569.

92. F.I. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 89, 1344.

le droit du premier amendement n'est plus du tout libéral, mais témoigne, comme nous l'avons déjà signalé, d'un libertarisme pur et dur. Même John Rawls, qui ne pèche certes pas par antilibéralisme, regrette cette situation, qui lui paraît susceptible de miner les fondements de la démocratie américaine<sup>93</sup>. Ce qui n'est pas peu dire.

On peut se demander à cet égard si la métaphore du marché des idées, telle qu'elle est appliquée en droit américain, ne procède pas d'une confusion originelle entre les deux formes différentes de libéralisme que sont le libéralisme économique et le libéralisme politique<sup>94</sup>. En fait, la liberté d'expression ressortit normalement au libéralisme politique. Cette forme de libéralisme « fonctionne à partir d'une pluralisation concrète du concept abstrait de liberté<sup>95</sup> », au contraire du libéralisme économique qui, lui, s'abandonne avec nonchalance aux joies du laisser-faire se matérialisant dans le « moins-d'État ». Or, en appliquant à la liberté d'expression une grille d'analyse économiste qui repose sur une présupposition d'égalité formelle, on noie la finalité de cette liberté qui n'ignore pas nécessairement les questions d'égalité concrète. C'est pourtant cette conception fondamentalement économiste de la liberté d'expression, ainsi que la théorie libertaire qui en découle, qui s'est infiltrée dans la culture américaine, en droit comme ailleurs. Aussi est-ce avec raison qu'un auteur considère le marché comme une des « matrices de la civilisation américaine » : « [l]a valeur de référence au marché est *normative* : la loi du marché et de la concurrence est, dans l'idéologie publique américaine, un article de foi, où l'économique, le politique, le social et l'idéologique sont étroitement imbriqués. La concurrence est, dans la conception américaine, indissociable d'une certaine conception de l'égalité des chances et de la dynamique sociale<sup>96</sup>. » Le lien de la métaphore du « marché libre des idées » avec la référence identitaire des États-Unis est donc clair.

Cela dit, on ne doit pas conclure des remarques qui précèdent que cette métaphore est intrinsèquement mal fondée ou qu'elle doit être rejetée sans autre forme de procès. Elle s'avère au contraire *théoriquement* valable, ne serait-ce qu'en raison de la grande protection qu'elle offre à la liberté d'expression<sup>97</sup>. Intimement liée au procès de connaissance moderne<sup>98</sup>, dans

93. J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, pp. 356-363.

94. Pour une intéressante discussion sur les chaotiques interactions entre ces deux types de libéralisme, voir J.-M. BENOIST, *Pavane pour une Europe défunte. L'adieu aux technocrates*, Paris, Denoël/Gonthier, 1978, pp. 135-149.

95. *Id.*, 136.

96. L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, Quadrige/Presses universitaires de France, 1992, p. 129.

97. L.H. TRIBE, *op. cit.*, note 32, n° 12-1, p. 786.

98. R.A. SMOLLA, *Free Speech in an Open Society*, New York, Vintage Books, 1993, p. 8.

le cadre duquel on connaît *contre* quelque chose<sup>99</sup>, elle encourage en outre un salutaire questionnement des vérités du moment. Qui plus est, elle procède d'un présupposé fondamentalement optimiste et rafraîchissant — presque rousseauiste, serait-on tenté de dire —, qui veut que la vérité finisse toujours par triompher du mensonge, et le bien du mal<sup>100</sup>. Mais, bien comprise, cette métaphore n'implique pas une croyance *aveugle* dans l'action révélatrice du marché. En fait, ses vertus paraissent déjà plus grandes si l'on conceptualise le marché des idées comme un forum imaginaire autoréglementé dont le but est de garantir l'intégrité du processus de recherche de la vérité, plutôt que la découverte de la vérité elle-même<sup>101</sup>. Vue ainsi, l'« adhésion » à la métaphore du marché des idées s'inscrit dans une démarche critique et réflexive, plutôt que dans une démarche de foi. Elle supposera nécessairement que l'on reconnaisse que, dans la réalité, le marché parfait n'existe pas. Tout au plus est-il perfectible, comme en matière économique du reste, où l'on reconnaît que l'existence de barrières tarifaires et non tarifaires fausse l'action auto-régulatrice du marché. Il reste au droit américain de la liberté d'expression à en prendre acte lui aussi. Mais, on s'en doute, il y a loin de la coupe aux lèvres.

### Conclusion : mythes, récits identitaires et constitutionnalisme

Histoire inventée, idéal métamorphosé en réalité idéale objective, métaphore se muant en idéologie, le droit ne recule devant aucun artifice pour protéger sa légitimité et pour entretenir la foi de ses fidèles. Le droit, en quelque sorte, secrète ses propres talismans. Ainsi le droit américain de la liberté d'expression se fonde-t-il sur une *mythologie*, qui présente faussement l'interprétation positive contemporaine de cette liberté comme procédant d'une tradition immémoriale. Tenue pour avérée dans le discours majoritaire, cette mythologie contribue à placer cette interprétation hors du champ critique, étant assistée dans cette tâche par des *métaphores*, dont une, celle du « marché libre des idées », légitime l'inconstitutionnalité de toute intervention étatique visant à remédier aux carences de ce marché, celui-ci étant censé assurer le triomphe de la vérité lors du « choc des idées ». Véritable *mantra* doctrinal et judiciaire, cette métaphore encourage la croyance en l'inafaillibilité du marché, outre qu'elle présente le *statu quo* interprétatif en matière de liberté d'expression comme procédant de la simple prise en considération de cette infaillibilité.

---

99. G. BACHELARD, *op. cit.*, note 3, p. 14.

100. R.A. SMOLLA, *op. cit.*, note 98, p. 7.

101. *Id.*, p. 8.

Qui plus est, autant la mythologie de la « tradition immémoriale » que la métaphore du « marché libre des idées » renforcent la référence identitaire<sup>102</sup> américaine et confortent l'« exceptionnalisme » de la culture juridique de ce pays. Ce concept d'« exceptionnalisme » s'entend, selon le sociologue Seymour Lipset, des croyances, des principes organisateurs et des institutions qui animent la société américaine et contribuent à son unicité dans le concert des nations<sup>103</sup>. Cette unicité, que Tocqueville avait déjà remarquée, repose en fait sur une idéologie qui remonte aussi loin qu'à l'arrivée des pèlerins du *Mayflower*. Dès cette époque, l'Amérique fut représentée par les Américains eux-mêmes comme une terre de renouveau, où il était possible de faire table rase des valeurs souvent opprimantes de l'Europe postféodale. Pour les puritains, l'Amérique était en quelque sorte la terre où devait se réaliser un dessein divin. L'indépendance ne fera qu'accentuer ce sentiment de singularité, d'autant que les treize colonies américaines furent parmi les premières colonies britanniques à y accéder<sup>104</sup>. Dans cette foulée, les Américains adopteront très tôt une série de valeurs fondamentales qui, encore aujourd'hui, forment le substrat de l'idéologie dominante. Ces valeurs sont la liberté, l'égalité des chances (et non des résultats), l'individualisme, le populisme et le laisser-faire économique<sup>105</sup>. Leur influence sur la normativité juridique américaine, et particulièrement sur le droit de la liberté d'expression, est clairement perceptible, comme en témoigne l'étude que nous venons de réaliser. En ce sens, l'on peut soutenir que le droit positif de la liberté d'expression participe lui-même de cet « exceptionnalisme » américain. Fait intéressant, toutefois, cet « exceptionnalisme » culturel se traduit dans le concret par un paradoxe, que l'on retrouve certes un peu partout, mais qui prend une dimension toute particulière aux États-Unis, en l'occurrence le contraste perceptible entre les

102. Le concept de « référence identitaire », qui renvoie aux « discours identitaires : idéologies, mémoire historique, imaginaire littéraire », a été élaboré par le regretté Fernand Dumont. Voir : F. DUMONT, *Genèse de la société québécoise*, Montréal, Boréal, 1993, p. 16. Dans le cadre du présent texte, nous préférons cependant employer l'expression « récit identitaire ». C'est en fait par le truchement d'un « récit identitaire » que sont véhiculés et réitérés les éléments fondamentaux de la « référence identitaire » d'une collectivité. L'idée de « récit identitaire » rend donc plus « concrète » cette dimension discursive.

103. S.M. LIPSET, *American Exceptionalism. A Double-Edged Sword*, New York/London, W.W. Norton & Co., 1996. Précisons ici que reconnaître l'existence d'une idéologie « exceptionnaliste » aux États-Unis n'implique ni que ce pays soit le seul à professer une telle idéologie — pensons au Japon —, ni que cet « exceptionnalisme » fasse obstacle aux convergences — nombreuses — entre la société américaine et les autres pays occidentaux. Voir en ce sens : L.M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice. Law, Authority, and Culture*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1990, p. 201.

104. S.M. LIPSET, *op. cit.*, note 103, p. 18.

105. *Id.*, p. 19.

attitudes face aux modes formels et informels de régulation de la liberté d'expression. Comme le remarque le professeur Bollinger : « When we compare our reluctance to impose *legal* restraints against speech with our readiness to employ a host of informal, or *nonlegal*, forms of coercion against speech behaviour, the paradox is striking<sup>106</sup>. » Il est en effet frappant de constater à quel point, dans les faits, la société américaine contrôle l'exercice que font ses membres de leur droit à la liberté d'expression. Mais elle le fait par des canaux non juridiques, du moins dans l'acception positiviste du mot « juridique ». Par exemple, marquée par son héritage puritain, la société américaine impose son conformisme par un appel constant à la moralité, qui infuse tout le discours politique<sup>107</sup>.

L'interprétation orthodoxe du premier amendement du *Bill of Rights* témoigne donc de la « charge identitaire » qui est historiquement rattachée à cette disposition constitutionnelle. Par « charge identitaire », nous entendons la dimension identitaire qui, au-delà du droit positif strict, est parfois associée explicitement ou implicitement à une norme constitutionnelle particulière dans une culture juridique donnée. Elle sera explicite lorsque la norme aura un objectif clairement « identitariste », comme la reconnaissance, la protection ou la promotion d'une identité quelconque. Au Canada, on pourrait par exemple penser aux normes constitutionnelles consacrant les droits des peuples autochtones<sup>108</sup>. La charge identitaire sera par contre implicite lorsque la norme aura acquis cette charge de façon dérivée, c'est-à-dire par le sens que lui auront donné les acteurs du droit, sans pour autant que le constituant ne lui ait d'emblée attribué une telle charge. C'est précisément ce qui est arrivé au premier amendement du *Bill of Rights*, qui a tellement été mythifié qu'il est désormais perçu comme une des assises de l'identité des États-Unis.

Par-delà les questions de technique juridique, la charge identitaire attribuée à une disposition constitutionnelle quelconque est susceptible de compliquer singulièrement la réception judiciaire d'arguments novateurs ou porteurs d'une critique du *statu quo*. La mythologie de la « tradition immémoriale » et la métaphore du « marché libre des idées », qui servent à renforcer la charge identitaire du premier amendement, sont ainsi imbriquées et rendues invisibles dans une structure idéologique de laquelle

---

106. L.C. BOLLINGER, *op. cit.*, note 67, p. 12.

107. Ce commentaire vaut aussi pour les non-protestants. En effet, selon Lipset, même les catholiques américains ont adopté la vision protestante de la moralité. Voir : S.M. LIPSET, *op. cit.*, note 103, p. 64.

108. Voir les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 31. Voir aussi, dans la même loi constitutionnelle, le nouvel article 16.1, consacrant, à mots couverts toutefois, les droits des Acadiens.

procède le droit et à laquelle il participe, de sorte que bien qu'elles soient de purs construits, elles n'en sont pas moins présentées comme des donnés immuables et intangibles. D'où leur statut d'obstacles épistémologiques. En fait, comme s'il s'agissait de véritables talismans, leur action conjuguée protège le *statu quo* contre pratiquement toute velléité de transformation. Pour reprendre une expression chomskyenne, les talismans du droit « fabriquent » le consentement des juristes et des justiciables à l'ordre que ce droit impose<sup>109</sup>. De pareils talismans bloqueront d'autant plus longtemps l'évolution de la pensée juridique dans un pays si, à l'instar de la mythologie et de la métaphore étudiées, ils font partie de sa « constitution implicite<sup>110</sup> ». Ce qui conforte l'idée de Pierre Legendre, selon qui « [un droit] ne saurait produire ni prendre en compte n'importe quoi, car il est lié à la structure mythique de la vérité nationaliste<sup>111</sup> ».

*Vérité nationaliste*, nous dit perspicacement Legendre. Car c'est bien d'un droit participant à la création et au maintien d'une structure mythique nationale qu'il s'agit ici. Or, comme le soulignait Éliade, dans la pensée mythique, la véracité du mythe ne fait pas de doute<sup>112</sup>. En outre, si, d'aventure, la réalité idéale que dépeint le mythe s'avère attrayante — et elle l'est généralement aux yeux des personnes qui composent la majorité « réceptive » de l'auditoire —, cette réalité, d'autant plus crédible, passera dès lors pour vraie, ce qui favorisera son passage de l'état de construit à celui de donné. La beauté ou, à tout le moins, le caractère épique ou rassembleur du mythe contribuera ainsi à la mise en place d'un processus de légitimation, en inspirant l'adhésion de cette majorité réceptive à la Constitution, implicite comme explicite<sup>113</sup>. Sera alors mise en place une structure de pensée où

109. Voir sur les thèses chomskyennes : E.S. HERMAN et N. CHOMSKY, *Manufacturing Consent : The Political Economy of the Mass Media*, New York, Pantheon Books, 1988.

110. Sur l'idée de « constitution implicite », qui recouvre les éléments non écrits d'une constitution (conventions, pratiques constitutionnelles, etc.) mais aussi, pourrait-on arguer, les représentations identitaires constitutives de la collectivité dont le vouloir-vivre commun est censé être reflété dans la constitution écrite, voir : R.A. MACDONALD, « The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity : The Canadian Experiment », dans K. KULCSAR et D. SZABO (dir.), *Dual Images. Multiculturalism on the Two Sides of the Atlantic*, Budapest, Société royale du Canada/Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Science, 1996, p. 52, 55-61.

111. P. LEGENDRE, *Jour du pouvoir : Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Éditions de Minuit, 1976, p. 72.

112. Voir M. ÉLIADE, *op. cit.*, note 5, p. 32.

113. Dans son roman *Le liseur*, l'écrivain et juriste Bernhard Schlink soutient que la beauté d'un texte de loi le rend plus crédible, plus digne de foi, parce que fondamentalement plus vrai. Schlink fait ainsi dire à son personnage principal, un historien du droit, que les « [lois et projets législatifs de l'époque des Lumières] étaient sous-entendus par la conviction que le monde est bâti sur un ordre bon, et que par conséquent l'on peut aussi mettre le monde en bon ordre. Je prenais le plus grand plaisir à voir comment cette

la foi jouera un rôle central. Dans cette foulée, le mythe aura été placé hors du champ critique et la Constitution, devenue objet de culte, aura fait naître une religion séculière<sup>114</sup> dont le dogme imprégnera aussi bien la culture juridique interne (savante) qu'externe (profane)<sup>115</sup>. Fidèles parmi les fidèles, les juristes se contenteront ainsi trop souvent de jouer aux shamans, brandissant leurs talismans en invoquant inlassablement les mêmes puissances tutélaires<sup>116</sup>. Usant de ces talismans, ils chercheront avant tout à clore les débats, recourant pour ce faire à divers rituels dont l'objectif ultime est bien sûr de protéger l'ordre juridique en place, mais également leur confort intellectuel et moral<sup>117</sup>. Bref, ils caresseront le cercle de l'autolégitimation de manière que celui-ci demeure vicieux...

---

conviction produisait des articles qui étaient autant de gardiens du bon ordre et comment ils s'articulaient en lois *qui voulaient être belles et établir par leur beauté la preuve de leur vérité*» (l'italique est de nous). Voir : B. SCHLINK, *Le liseur*, Paris, Gallimard, 1996, p. 171. Un tel souci pour la dimension « esthétique » de l'acte législatif a notamment pu contribuer à susciter l'« amour des lois » qui a marqué d'une manière particulière les cultures juridiques des pays de tradition romano-germanique. Voir généralement sur cette question : J. BOULAY-AYOUBA, B. MELKEVİK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Sainte-Foy/Paris, Les Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1996. L'on ne saurait cependant exclure l'hypothèse que de pareilles considérations « esthétiques » puissent aussi avoir droit de cité dans d'autres traditions juridiques, notamment l'anglo-saxonne. Cette hypothèse paraît particulièrement plausible dans le champ du droit constitutionnel, puisque toute constitution, censée refléter un vouloir-vivre commun, est fondée sur une série de présuppositions ayant trait autant à ce qu'a été le passé qu'à ce que l'on veut que soit le futur, parmi lesquelles on trouve, comme on l'a vu, des mythes et des métaphores porteurs d'une charge identitaire. De sorte que tant le dit que le non-dit limitent le champ des possibles au moment d'interpréter une constitution. La beauté formelle, mais aussi la beauté substantielle, des mythes qui sous-tendent cette constitution *ou l'interprétation qui en a été faite* pourront aussi bien l'une que l'autre influencer sur l'adhésion des auditoires visés par elle, qu'ils soient professionnels (juristes) ou profanes (autres justiciables), bref sur l'autorité de la constitution.

114. Sur la religion séculière qu'inspire la Constitution des États-Unis, voir l'excellent ouvrage de S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988.
115. Lawrence Friedman résume ainsi cette distinction : « The external legal culture is the legal culture of the general population ; the internal legal culture is the legal culture of those members of society who perform specialized legal tasks. » Voir : L.M. FRIEDMAN, *The Legal System : A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, p. 223.
116. Ce sera le cas, par exemple, de la constitution, vue comme *sacrée*, ou d'un quelconque arrêt « capital » et dès lors sacralisé, ou encore de la *sacro-sainte* « primauté du droit », que l'on invoquera n'importe quand, n'importe comment, et surtout dans l'abstrait, au risque de vider ce concept de tout sens, ou enfin de l'action du Dieu-marché, que l'on présumera parfaitement adaptée à la réalité sociale et nécessairement bienfaitrice.
117. La citation et l'occultation (c'est-à-dire la non-citation pour des raisons idéologiques) donnent d'intéressantes illustrations de rituels au moyen desquels on perpétue son

Cela dit, la constitution et, plus largement, le droit constitutionnel positif ne sont pas seuls à attiser la « religiosité séculière » des juristes. Un bon nombre de discours critiques de l'ordre constitutionnel établi y succomberont aussi, ne faisant que substituer leurs propres mythes autolégitimants à ceux du courant majoritaire<sup>118</sup>. En toute hypothèse, les débats que susciteront aussi bien les politiques que les normes constitutionnelles trahiront l'influence de récits identitaires cristallisés autour d'un certain nombre de mythes et de métaphores qui légitimeront, *a priori* et *a posteriori*, ces récits. L'identité en viendra ainsi à tenir la pensée juridique en état<sup>119</sup> et, à travers la fétichisation de certaines normes particulières, le droit positif lui-même<sup>120</sup>.

---

autorité ainsi que la *statu quo*. En ce sens, elles représentent des rituels d'exercice du pouvoir. Voir sur cette question : R. DELGADO, « The Imperial Scholar : Reflections on a Review of Civil Rights Literature », (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 487 ; R. DELGADO, « The Imperial Scholar Revisited : How to Marginalize Outsider Writing, Ten Years Later », (1992) 140 *University of Pennsylvania Law Review* 1349. Dans ces deux articles, Delgado établit une typologie des attitudes des juristes blancs au regard des courants critiques dans le champ du droit des libertés publiques, ces derniers provenant généralement de juristes issus de groupes minoritaires. Dans l'article de 1992, les attitudes répertoriées allaient de l'ignorance — encore fréquente — des points de vue différents jusqu'à leur discussion en profondeur — phénomène rare —, en passant par la simple mention de leur existence qui, au mieux, débouchait sur une discussion très superficielle. Pour une mise à jour, voir : J. STEFANCIC et R. DELGADO, « Outsider Scholars : The Early Stories », (1996) 71 *Chicago-Kent Law Review* 1001.

118. C'est d'ailleurs ce que nous avons pu constater dans nos recherches sur la critique juridique identitaire. Voir : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *La critique identitaire, la liberté d'expression ou la pensée juridique à l'ère de l'angoisse. Un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique*, thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 1997.
119. Notons que les juristes, et plus particulièrement les juristes universitaires, sont loin d'être les seuls à prendre les récits identitaires pour des « donnés » intangibles. C'est ainsi qu'un auteur remarquait récemment que les historiens ont eux aussi cette tendance : « academic historians without any direct political interests would pare away the more obvious propagandist and partial features of the nationalist accounts. However, they frequently accepted the narrative as the proper form of an historical account, the national as providing the boundaries and identity of their subject matter, and the emergence, expansion and success of national movements as the principal story. » Voir : J. BREUILLY, « Approaches to Nationalism », dans G. BALAKRISHNAN (dir.), *Mapping the Nation*, London/New York, Verso, 1996, p. 146, 157.
120. Pensons par exemple au fétichisme constitutionnel *centripète* qu'inspire en certains cercles la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 31, et à celui, *centrifuge*, que suscite en d'autres cercles le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

Que des représentations identitaires puissent influencer sur l'orientation de l'analyse juridique n'a comme tel rien d'étonnant, surtout dans le champ du droit constitutionnel<sup>121</sup>. Il serait du reste périlleux d'ignorer<sup>122</sup> ou, pire, d'occulter sciemment ces représentations<sup>123</sup>, lesquelles acquièrent une certaine matérialité dès lors qu'elles recueillent l'adhésion d'une pluralité d'individus qui, de surcroît, façonnent leurs attitudes et comportements en fonction d'elles. Leur teneur en factualité est à n'en pas douter quelque peu différente de celle des événements qui les ont inspirées, mais cette factualité paraît néanmoins indiscutable<sup>124</sup>. Dans ce sens, ni absolument vraies ni absolument fausses, ces représentations identitaires se donnent à voir en tant que faits sociaux que les juristes ne sauraient exclure de leur constitutionnalisme sans mutiler indûment la donne sociale qu'ils ont à appréhender, d'une part, et sans nier l'existence d'une variable qui exerce une influence sur leurs propres activités interprétatives, d'autre part<sup>125</sup>. De là il découle qu'il serait erroné de considérer ces représentations identitaires

- 
121. Ces représentations sont pratiquement inévitables. Edward Said ne rappelle-t-il pas en ce sens que « nations themselves are narrations ». Voir : E. SAID, *Culture and Imperialism*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, p. xiii.
  122. Cette remarque vaut même dans le cadre d'une analyse qui se voudrait « purement juridique » — idée qui, en droit constitutionnel, relève, selon nous, de l'utopie parce qu'elle repose sur des postulats de neutralité du droit et d'objectivité absolue de ses interprètes. Or, comme nous l'avons vu, les récits identitaires, qui sont normalement relégués au « hors droit », peuvent eux-mêmes « normaliser » l'interprétation en circonscrivant le champ des possibles juridiques.
  123. Un exemple intéressant de ce phénomène d'occultation nous est fourni par ce qui semble être devenu le discours dominant hors Québec en ce qui a trait aux processus de construction identitaire en cours au Québec.
  124. Pensons, dans le contexte canadien, aux interprétations divergentes de la célèbre bataille des plaines d'Abraham, qui, du fait même de leur existence, présentent une certaine factualité. Toutefois, parce qu'elles sont de l'ordre du discours, et qu'elles sont sujettes à contestation, leur teneur en factualité est moindre que celle de l'événement qui les a inspirées, c'est-à-dire la bataille elle-même.
  125. La Cour suprême du Canada, adoptant dans le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, une interprétation juridique traditionnelle, donc formaliste, de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, souligna que cette loi constitutionnelle n'était en fait qu'une simple loi du Parlement britannique et jeta ainsi aux oubliettes la thèse des deux nations, laquelle se trouvait pourtant au centre du récit identitaire québécois. Nous vivons encore aujourd'hui avec les conséquences de cet aveuglement volontaire face au récit identitaire d'un des partenaires principaux de la Fédération canadienne. D'où notre plaidoyer en faveur de la prise en considération des récits identitaires dans le cœur même du processus d'adjudication en droit constitutionnel, ce qui ne peut que mener, reconnaissons-le, au dépassement de la frontière traditionnellement établie en droit positif entre légalité et légitimité, et, ultimement, à une remise en question des critères de distinction entre droit et politique.

comme intrinsèquement illégitimes, à moins bien sûr qu'elles participent à la perpétuation d'un récit identitaire fondé sur des préconceptions qui heurtent radicalement les valeurs démocratiques<sup>126</sup>. Et encore, un récit identitaire ne perd pas pour autant sa matérialité simplement parce qu'il est répugnant. Il s'avérerait ainsi mal indiqué de jouer à l'autruche et d'occulter l'existence de tels récits identitaires, sachant notamment que le droit étatique et, au premier chef, le droit constitutionnel peuvent être employés à bon escient pour miner leur légitimité.

L'ouverture épistémologique nécessaire à l'éclosion d'un constitutionnalisme plus complexe suppose donc de ne pas discréditer d'emblée les récits identitaires divergents et, partant, de ne pas les exclure *a priori* du dialogue constitutionnel. Mais, même légitime, un récit identitaire peut se révéler problématique, et avec lui les mythes dont il est porteur. Dans cette optique, si, comme le soutiennent Lenoble et Ost, «il est vain [...] de prétendre s'affranchir des puissances de l'imaginaire, il est loisible, en revanche, de dénoncer les blocages auxquels il conduit et de dévoiler ainsi, dans l'acte même de dénonciation, les dimensions lacunaires et contradictoires d'un réel à toujours reconstruire, comme l'enseignait déjà Sisyphé<sup>127</sup> ». Comme tel, le problème fondamental n'est donc pas que les juristes aient foi dans la constitution, dans le droit constitutionnel positif ou dans un quelconque contre-discours constitutionnel-identitaire. C'est ailleurs que le problème se situe, en l'occurrence dans la nature trop souvent aveugle de cette foi, qui rend extrêmement difficile, voire carrément impossible, tout dialogue constitutionnel constructif.

À cet égard, l'épisode de l'association d'une certaine interprétation du premier amendement de la Constitution américaine au récit identitaire dominant dans ce pays et de la transformation conséquente de cette interprétation en vache sacrée fait réfléchir. Comment, nous, juristes, contribuons-nous à la cristallisation de récits identitaires particuliers par le truchement des discours que nous tenons autant *en* droit constitutionnel que *sur* ce droit ? Comment pouvons-nous parfois même en arriver à renoncer à poser tout regard critique sur ces récits ? Ne nous incombe-t-il pas, au contraire, de chercher activement à « dé-cristalliser » ces récits, à les faire évoluer, quitte à créer de nouveaux mythes qui, eux aussi, devront inlassablement être déconstruits ? Il semble en effet que, trop souvent, nous ne puissions plus penser *autrement* parce que nous ne pouvons plus penser *librement*, tant est forte l'emprise de ces récits sur notre pensée.

---

126. Tel serait par exemple le cas d'un récit identitaire qui diaboliserait une minorité quelconque.

127. J. LENOBLE et F. OST, *op. cit.*, note 8, p. 553.

En fait, l'influence des récits identitaires sur l'élaboration des discours dans le champ constitutionnel semble susciter chez les juristes l'adhésion à un constitutionnalisme à la Dorian Gray, c'est-à-dire à un constitutionnalisme que l'on condamne à n'être que le miroir d'une mythologie identitaire donnée ; que l'on charge de refléter une image identitaire rassurante et en tous points conforme à celle que l'on voudrait bien voir ; qui fixe, *ad vitam aeternam* espère-t-on, cette image dans une jeunesse éternelle que l'on sait illusoire ; qui, enfin, nie les évolutions sociales et la complexité identitaire. Or, à ce genre de constitutionnalisme ne devrions-nous pas en substituer un autre, qui serait celui-là véritablement spéculaire et réflexif, c'est-à-dire qui tenterait de réfléchir toute la complexité et le dynamisme de l'image identitaire de la société, plutôt que celle, tronquée et figée, d'un segment unique de cette société, et qui se laisserait atteindre par la mouvance de cette image pour remettre en question non seulement ses préconceptions identitaires, mais aussi, et surtout, ses postulats et ses pratiques ? Peut-être ainsi pourrions-nous mieux contribuer à dénouer les impasses que semble engendrer l'affirmation d'identités apparemment irréconciliables ? Peut-être, du même coup, réussirions-nous à rompre le cercle vicieux de l'immobilisme en matière de saisie juridique de l'identitaire ? Engoncés dans notre propre fétichisme constitutionnel-identitaire<sup>128</sup>, nous, juristes

---

128. Fétichisme que chaque partie au débat constitutionnel nourrit de son propre récit identitaire, ce qui favorise l'éclosion de multiples obstacles épistémologiques, parmi lesquels on compte, toutes tendances constitutionnelles confondues : 1) le *narcissisme des petites différences* (selon l'expression de S. FREUD, « Civilization and its Discontents », dans S. FREUD, *Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and its Discontents and Other Works*, London/New York, Penguin Books, 1985, p. 251, 305) et l'*occultation des signifiances*, ce qui se traduit par une « ouverture identitaire » essentiellement confinée à la rhétorique, que ce soit à travers l'affirmation d'une citoyenneté (canadienne) abstraite mâtinée d'un multiculturalisme superficiel et accompagnée dans le concret d'une négation de toute diversité « profonde » (pour reprendre cette fois l'expression de C. TAYLOR, « Convergences et divergences à propos des valeurs entre le Québec et le Canada », dans C. TAYLOR, *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1992, p. 179, 212-213) ou par l'affirmation de la nature « civique » d'un nationalisme (québécois) qui demeure pourtant d'abord et avant tout culturel, pour ne pas dire carrément ethnique ; 2) la *négation de la complexité identitaire* des sociétés canadienne et québécoise à travers une obsession des identités claires et non ambiguës, obsession qui incite les citoyens à accepter comme inévitable la mutilation identitaire (ex. : « on ne peut être que Canadien ou Québécois, mais pas les deux »), et qui instaure une dynamique de nivellement identitaire ; 3) l'*adoption d'une rhétorique historiciste* — frisant parfois le discours eschatologique — fondée sur l'idée de « normalité », qui présente la mutilation identitaire comme un cheminement « normal » (« renoncez à votre identité québécoise (tribale, donc arriérée) et acceptez sa fusion dans la grande identité canadienne (post-tribale et moderne, donc, « normale ») ou, à l'inverse, « sachez que l'aboutissement « normal » de la démarche identitaire de tout peuple est de constituer un État souverain ;

canadiens et québécois, aurions tout intérêt à nous pencher plus avant sur ces questions.

---

par conséquent, en votant pour l'indépendance, renoncez à cette identité canadienne englobante qui ne fait que masquer votre statut de peuple»); 4) l'*obsession corollaire de l'« unité » identitaire*, au point de flirter avec l'essentialisme; 5) la *persistance du manichéisme* dans la saisie juridique de l'identitaire (« Nous » contre les « Autres »); 6) la persistance, de part et d'autre, d'une *culture du ressentiment* (voir : M. ANGENOT, *Les idéologies du ressentiment*, Montréal, XYZ, 1996); 7) une représentation des relations entre le juridique et le politique qui repose sur un *postulat de pureté sous-systémique*, évacuant du coup la part du politique dans le droit, ou réduisant celui-ci au politique, ou encore séparant l'un et l'autre sous-système par une cloison étanche (certains des arguments invoqués dans le renvoi à la Cour suprême concernant le droit du Québec de déclarer unilatéralement son indépendance témoignent de cette approche). Évidemment, il s'agit là d'une représentation archétypale; mais s'il existe des discours juridiques complexes sur ces questions, force est de constater qu'ils sont peu entendus, tant est grande la polarisation des débats constitutionnels-identitaires au Canada et au Québec.