

La pornographie, une question démocratique

Mathieu TRACHMAN

En retraçant l'évolution de la constitution juridique de la liberté d'expression et de la catégorie de pornographie aux États-Unis, Marcela Iacub montre que la Cour est passée d'une conception où le Premier Amendement protège l'obscénité comme expression dont on doit garantir la liberté, à une autre où c'est l'obscénité qui menace le Premier Amendement comme garant du discours démocratique.

Recensé : Marcela Iacub, *De la pornographie en Amérique. La liberté d'expression à l'âge de la démocratie délibérative*, Fayard, 2010. 330 p., 20 €.

Les frontières du dicible et du visible

La liberté de produire, diffuser, voir des films pornographiques a suscité de nombreux débats, qui n'ont pas tous le même enjeu : protection des mineurs, liberté de commerce, critique des violences faites aux femmes, défense des minorités sexuelles en sont quelques-uns. Au sein de ces débats, la question du langage est centrale depuis que Catharine MacKinnon, en reprenant la théorie des actes de langage d'Austin, a tenté de définir la pornographie comme un faire et non un dire : les images pornographiques, dans un contexte de violences faites aux femmes et d'invisibilisation de ces violences, définissent les sexualités masculines et féminines et l'asservissement de celle-ci¹. Une des réponses à cette entreprise a été de montrer comment la mise à l'agenda politique de la pornographie relève d'une panique morale visant moins la protection des femmes que la pénalisation et la

¹ Catharine A. MacKinnon, *Only Words*, Harvard University Press, 1993. Pour une présentation de ces débats, voir Sandra Laugier, "Actes de langage", in Philippe Di Folco (éd.), *Dictionnaire de la pornographie*, Puf, 2005.

stigmatisation des minorités sexuelles : la dénonciation des violences de genre aurait pour effet la limitation de la liberté sexuelle².

Il est tentant de lire le livre de Marcela Iacub au regard de ces débats : elle en déplace cependant les enjeux. À partir d'une réflexion politique sur le statut de la parole dans la démocratie et un travail sur la constitution de la catégorie juridique de pornographie aux Etats-Unis, son objectif est de montrer comment la liberté d'expression que garantit le Premier Amendement a progressivement été limitée par la constitution d'une exception pornographique dans ce qu'il est permis de dire et de montrer. Dans la lignée de ses précédents ouvrages, Marcela Iacub soutient que dans nos sociétés démocratiques l'État régule de plus en plus ce qu'il est légal et légitime de dire et de faire en matière de sexe, retirant par là à chacun la liberté de définir en quoi consiste la bonne sexualité. Dans cette perspective, Marcela Iacub montre que c'est le statut donné par les juges aux images et aux discours pornographiques (doit-on les considérer comme des expressions ? des actes ayant des effets sur la réalité ? des pratiques sexuelles ?) qui importe, plus que le contenu de ceux-ci, et qui définit l'empire plus ou moins grand que l'Etat a sur la circulation et la consommation de la pornographie.

La pornographie est finalement une question démocratique : pour démontrer cette hypothèse, il ne s'agit pas de partir des images ou des discours pornographiques eux-mêmes, mais de leur traitement juridique et des conséquences de celui-ci sur l'exercice de la citoyenneté. Les États-Unis sont un terrain privilégié : via le Premier Amendement, la Cour suprême y défend la liberté d'expression de manière beaucoup plus forte qu'en Europe, ce qui étonne parfois les observateurs étrangers. Cependant elle a parallèlement et progressivement tracé un ensemble de limites à l'exercice de cette liberté, limites dans laquelle la pornographie tient une place centrale. De ce point de vue, l'Amérique n'est pas un pays exotique, mais l'avenir possible de nos institutions.

Trois interprétations de la liberté d'expression

L'enquête sur l'évolution juridique de la catégorie de pornographie permet à Marcela Iacub de repérer trois conceptions de la liberté d'expression, qui représentent trois moments historiques où l'on a tenté de justifier les limites imposées à la parole, mais aussi trois modèles philosophiques plus

² Par exemple, Gayle Rubin, « Misguided, dangerous and wrong : an analysis of anti-pornography politics », in Alison Assiter et Carol Avedon (éd.), *Bad girls and dirty pictures. The challenge to reclaim feminism*, Pluto Press, 1993.

ou moins robustes.

La première est celle du « marché libre des idées », développée par les juges Holmes et Brandeis dans les années 1920, dans la tradition de Montesquieu et de Mill. Selon cette théorie, la parole jouit d'un statut particulier qui la distingue des actes : ce ne sont que des mots. Cependant il faut immédiatement ajouter que l'exercice de la parole a quelque chose de fondamental dans la vie démocratique, où le peuple est souverain mais où il s'exprime nécessairement à travers des représentants, toujours susceptibles de travestir la parole populaire. La liberté d'expression prend alors toute son importance : pas seulement en tant que liberté garantie à chacun, ni parce que les mots ne sont pas des actions, mais parce qu'elle est constitutive de la légitimité démocratique et l'exercice de la souveraineté du peuple. Il y a une valeur démocratique du discours : celle-ci ne tient pas à la vérité exprimée par celui-ci, mais au simple fait qu'il soit dit. En effet, dans le cadre de la théorie du marché libre des idées, il ne s'agit pas de hiérarchiser les discours au regard de ce qu'ils pourraient apporter au débat, ni en fonction de leur vérité. Il est impossible de déterminer à l'avance quelles idées seront pertinentes et utiles : la liberté d'expression instaure une situation de « guerre interminable » (p. 101) au niveau du débat intellectuel qui conjure la guerre réelle et permet l'émergence et la diffusion d'idées minoritaires, toujours menacées par les mécanismes de la représentation et la constitution d'une majorité. L'objectif de la démocratie délibérative n'est pas l'instauration d'un consensus mais d' « une sorte de pouvoir constituant permanent » (p. 87) à travers la liberté de parole accordée à chaque citoyen.

Les limites de la liberté d'expression ne sont donc pas déterminées par leur contenu, mais par la possibilité de devenir un acte illégal : ce n'est pas l'intention du locuteur qui est déterminante, mais les contextes qui donnent à un discours certains effets. Ainsi ce n'est pas celui qui tient un discours raciste qui doit être puni, mais l'individu qui crie au feu dans un théâtre où ses paroles sont crédibles, et qui crée par là un mouvement de panique. C'est donc quand un discours sort du champ de l'expression qu'il est répréhensible, selon le « test du danger manifeste et immédiat » (p. 116 sq.) : si des membres de groupes radicaux revendiquent l'usage de la force contre l'Etat et la violation de la loi, ce n'est que si ces propos ont les moyens de se réaliser qu'ils sont répréhensibles. C'est ainsi qu'en 1969, la Cour décida que les propos racistes et haineux des membres du Ku Klux Klan étaient protégés par le Premier Amendement comme un plaidoyer et non une incitation à passer à l'action.

Cette théorie qui s'impose progressivement comme l'interprétation juste du Premier Amendement est selon Marcela Iacub la plus radicale et la plus cohérente. Elle a été pourtant progressivement remise en cause au sein même de la Cour par une seconde théorie qui se focalise sur la valeur sociale du discours, que celle-ci consiste en la recherche de la vérité, l'autonomie des individus ou la constitution d'une société civile. Parallèlement au mouvement historique de libéralisation de la parole, qui s'étend à certaines pratiques interprétées comme des « comportements expressifs » (en particulier différents usages du drapeau national) sont donc construites certaines catégories qui, même si elles ne sont pas interdites, posent problème parce qu'elles n'ont pas de « valeur sociale pour atteindre la vérité » (p. 108) : c'est le cas de la diffamation des personnes publiques, de la publicité commerciale et de l'obscénité. Ainsi, si les publicités pour l'alcool peuvent être conçues comme mensongères et de nature à promouvoir un « vice », elles restent dans le champ de l'expression : ce n'est pas le discours publicitaire qui doit être réglementé mais les conduites considérées comme alcooliques. (p. 154). Même si ces catégories sont finalement protégées, l'argumentation fait appel à un intérêt général qui vient justifier l'expression. Pour Marcela Iacub, cette évolution est une perversion : le contenu substantiel se substitue à l'importance formelle de l'expression qui faisait le prix de la théorie du marché libre des idées.

Une troisième conception émerge à propos des débats sur l'obscénité et la pornographie aux Etats-Unis, qui met en avant la notion de consentement : c'est la position majoritaire en Europe. Les matériaux pornographiques ne doivent pas être interdits aux adultes consentants mais leur circulation doit être limitée ; ils doivent être interdits aux mineurs sur lesquels ils peuvent avoir une influence délétère. Contrairement à la seconde conception, ce ne sont pas l'ordre et la moralité qui légitiment la régulation de l'obscénité. Mais contrairement au statut que lui donne la théorie du marché libre des idées, la pornographie est ici conçue comme un faire et non comme un dire : *a contrario*, la première conception avait pour caractéristique l'extension de la sphère de l'expression à des discours, des images, des actes dont les effets pragmatiques ne sont pas certains. Pour Marcela Iacub, mettre en avant le consentement, c'est imputer à la pornographie un pouvoir de nuisance qu'elle n'a pas. Le régime d'incertitude sur la valeur et l'utilité des expressions de la première théorie apparaît ici : tant qu'un discours ou un geste visant à exprimer une idée n'a pas de conséquence violente, il doit être protégé comme une expression.

L'exception pornographique

La jurisprudence en matière de sexualité prolonge la perversion de la théorie du marché libre des idées à travers la constitution de trois catégories spécifiques : l'obscénité, l'indécence et la pédopornographie.

La limitation de la liberté d'expression s'appuie sur la faiblesse supposée de publics comme les pervers ou les enfants. Progressivement cependant, l'idée qui s'impose est que l'obscénité n'est l'expression d'aucune idée : les représentations obscènes sont dénoncées comme le revers sombre des expressions utiles à l'intérêt général en ce qu'elles reposent sur un intérêt lascif, sans rapport avec la recherche de la vérité. Les limites imposées par la Cour ne reposent donc pas précisément sur le contenu des messages obscènes, mais sur leur fonction : susciter l'excitation, ce qui permet de considérer le fait d'écrire ou de produire des images obscènes comme un faire et non comme un dire.

L'intérêt lascif est ainsi constitué comme l'opposé de l'intérêt public : de ce point de vue, les représentations obscènes sont exclues de la sphère de la liberté d'expression parce qu'elles n'ont pas de valeur, et parce qu'elles contreviennent au fonctionnement politique : alors que l'expression permet de constituer une communauté de citoyens dans la définition de valeurs communes, les juges se sont mis peu à peu à considérer que les représentations obscènes ne promeuvent pas seulement une morale sexuelle contestable, mais qu'elles défont réellement la communauté politique. L'obscénité devient alors, dans les années 1970, « l'enfer du discours politique » et le pornographe « la figure inversée du citoyen » (p. 222). Ce n'est plus le Premier Amendement qui protège l'obscénité comme expression dont on doit garantir la liberté, c'est l'obscénité qui menace le Premier Amendement comme garant du discours démocratique.

La constitution des catégories d'indécence et de pédopornographie prolonge ce mouvement. L'indécence se distingue de l'obscénité en ce qu'elle ne mobilise pas l'intérêt lascif ; mais elle qualifie des discours et des images qui contreviennent à la morale sexuelle implicitement promue par la constitution de l'obscénité : la catégorie montre la place de plus en plus importante prise par l'argument de la valeur sociale. Par exemple, le mot « *fuck* » est depuis peu exclu de l'espace public et des programmes télévisés, parce que la cour le prend « toujours » dans son sens littéral, sexuel et

indécent (p. 255). La pédopornographie (la production, la diffusion, la propagation d'images sexuelles prenant des mineurs comme modèles) constitue une avancée sur l'autre front, celui du statut des images et des discours. Marcela Iacub montre que ce qui est pénalisé ici ce ne sont pas, comme en Europe, les fantasmes pédophiles : c'est le fait de regarder l'image qui est considéré comme la corruption de l'enfant présent dans cette image. Dans ce cas recevoir ou communiquer des images n'est pas une activité expressive mais un acte illégal. Cette évolution est présentée comme une ingérence de plus en plus grande de l'État dans la sphère sexuelle, qui peut avoir pour fonction de créer de nouveau délit, portant non seulement sur les actes mais sur les paroles et les pensées, où la pénalisation des fantasmes pédophiles et leur constitution en acte illégal seraient constituées en modèle. Le traitement juridique de la sexualité peut être conçu comme un laboratoire dans lequel, parallèlement au travail de libéralisation, vont s'instituer un ensemble de limitations qui concernent potentiellement des questions non sexuelles.

Pour remettre en cause cette évolution, Marcela Iacub entreprend de montrer en quel sens les discours et les représentations pornographiques gagneraient, au contraire, à être considérés comme des expressions participant du débat public. La tâche n'est pas aisée : il semble bien aujourd'hui qu'une scène pornographique se constitue moins comme un discours politique que comme la représentation des fantasmes des consommateurs. Cependant, même si l'on retient cette dernière fonction, la pornographie « nous apprend certaines choses du monde dans lequel nous vivons » (p. 196) : ne serait-ce que sur les fantasmes de nos concitoyens. Marcela Iacub souligne que c'est finalement la position de ses détracteurs, qui considèrent que l'influence de la pornographie repose sur la diffusion d'une idéologie sexiste : à ce titre, elle est une expression qui doit être protégée. D'une certaine manière, c'est précisément son caractère vulgaire et choquant qui permet d'affirmer la nécessité de protéger la pornographie : dans la grande variété de fantasmes que celle-ci propose aujourd'hui, et justement parce que ces fantasmes ne sont pas partagés, elle permet de mettre à l'épreuve des opinions, des croyances et donc de favoriser le débat démocratique.

Le livre est donc à la fois une généalogie des catégories juridiques d'intérêt lascif et de pédopornographie ; une analyse et une dénonciation de l'extension du domaine de la pénalisation des discours, en particulier sexuels ; une réflexion politique sur la liberté d'expression appuyée par la définition d'une fonction démocratique du langage et le diagnostic d'une emprise étatique de plus en

plus grande contre un ensemble de discours considérés comme minoritaires ou dangereux. Un des intérêts de cet ouvrage est de séparer nettement ces trois dimensions et de rendre moins manichéen un débat qui opposerait la défense de la liberté d'expression à la nécessaire pénalisation de discours jugés dangereux ou violents. La perspective généalogique permet de situer le recours à la pénalisation dans une histoire qui en montre les ressorts : l'appel à l'État comme juge des libertés et des dangers des discours a pour effet d'accroître les menaces sur la possibilité de discours minoritaires, y compris pour des groupes considérés comme progressistes.

La réflexion politique laisse de côté la question de la distribution de la parole et de l'accès à la sphère publique, et les luttes qui ont lieu entre les groupes sociaux, par l'imposition de mots d'ordre qui définissent des politiques publiques et les questions légitimes à poser³. On pourra penser que de ce point de vue, la défense de la démocratie délibérative témoigne d'un certain optimisme : l'expression doit être libre parce que, finalement, chacun peut tout entendre, et parce que le débat est « le lieu de création, de destruction, d'expérimentation collectives des valeurs, et non pas celui de leur affirmation et de leur reproduction » (p. 321). Prendre en compte les rapports de pouvoir entre les groupes sociaux aurait permis d'élargir la question de la liberté d'expression : ce n'est pas seulement un principe qu'il faut fonder et une valeur à défendre, mais un des ressorts de la production d'une idéologie dominante. Instituer la liberté d'expression ne signifie pas en effet que chacun puisse en faire pareillement usage, et de ce point de vue la dimension collective de l'expérimentation des valeurs est douteuse. Il eût été intéressant de mettre en question à la fois la pénalisation de certains discours et la représentation du débat comme espace de discussion démocratique.

Publié dans laviedesidees.fr, mai 2010

© laviedesidees.fr

³ Le collectif « Les mots sont importants » en donne de nombreux exemples : <http://lmsi.net/>. Voir également Sylvie Tissot, Pierre Tévanian, *Les mots sont importants, 2000/2010*, éditions Libertalia, 2010.