

Toute citation doit mentionner les références suivantes :
Viviane Serfaty, « ‘Une liberté ingérable’ pour les Etats-Unis ? : les tentatives de régulation de la liberté d’expression sur Internet ». *Revue du GRAAT*, Sylvia Ullmo (dir.), Tours, Presses Universitaires François Rabelais, 29 (2005) 179-198.

Une liberté ingérable pour les Etats-Unis ? La régulation de la liberté d’expression sur Internet

Introduction

Lors de la campagne 2000 pour la présidence des Etats-Unis, Républicains et Démocrates ont eu des attitudes divergentes vis-à-vis de l’Internet. Ainsi, le candidat démocrate Al Gore avait été impitoyablement brocardé pour avoir affirmé : « J’ai inventé l’Internet¹ ». Mais ce lapsus indiquait bien le rôle majeur que jouaient les nouvelles technologies dans son programme électoral. Depuis son premier mandat de vice président, il avait, avec Bill Clinton, largement contribué à la politique d’équipement des lieux publics en ordinateurs reliés au réseau. En 1996 avait d’ailleurs été institué un prélèvement sur chaque communication téléphonique² destiné à financer le développement de l’accès au réseau dans

¹ Dans une interview accordée à la chaîne de télévision CNN le 10 mars 1999, Al Gore avait déclaré « During my service in the United States Congress, I took the initiative in creating the Internet. » Ces paroles furent rapportées par le quotidien en ligne *Wired News* dans un article du 11 mars 99 (Declan McCullagh, « No Credit Where It’s Due » *Wired News*, 11/03/99, <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,18390,00.html>) qui démontrait qu’Al Gore ne pouvait en aucun cas s’attribuer un tel mérite. Tant cet article que la déclaration d’Al Gore donnèrent lieu à de longues arguties sur l’interprétation qu’il convenait de donner aux paroles du vice-président. Le journaliste qui avait initié toute la controverse a fait amende honorable dans un article publié un an et demi plus tard (Declan McCullagh, « The Mother of Gore’s Invention », *Wired News*, 17/10/2000, <http://www.wired.com/news/print/0,1294,39301,00.html>), où il rendait hommage au vice-président pour ses efforts de développement du réseau. Mais entretemps, chansonniers, humoristes et sites Internet républicains s’étaient emparés de cette phrase pour tourner Al Gore en ridicule. Voir l’analyse de discours serrée réalisée par le professeur de sciences de l’information et de la communication Philip Agre, « Who Invented ‘Invented’ ? : Tracing the Real Story of the ‘Al Gore Invented the Internet’ Hoax », *Red Rock Eater Digest*, 17/10/2000, <http://commons.somewhere.com/rre/2000/RRE.Al.Gore.and.the.Inte1.html>

² Ce prélèvement, nommé *e-rate*, finance l’accès au réseau à coût réduit pour les établissements publics tels que les écoles, les bibliothèques ou les hôpitaux. Cf : <http://congress.nw.dc.us/e-rate/>

les lieux publics. A la fin de son second mandat, 95% des bibliothèques et 65% des écoles étaient reliées à l'Internet. Le site de campagne du candidat démocrate reflète cette préoccupation et possède une importante rubrique consacrée à la société de l'information.

George W. Bush, au contraire, n'inclut pas de rubrique liée à l'Internet dans son site de campagne électorale. Bien que celui-ci ait permis de collecter des fonds considérables, il ne suscite guère l'intérêt du candidat ou de son équipe de conseillers, selon l'une des personnes responsables du site (Wilson, 2001). En fait, la déclaration la plus marquante du candidat républicain à propos du réseau survient en mai 1999, lorsqu'il attaque en justice plusieurs sites parodiant le sien. Au moment où il annonce son intention de déposer plainte auprès de la Commission de surveillance des élections, il affirme : « Il devrait y avoir des limites à la liberté d'expression. L'Internet représente peut-être une liberté ingérable pour les Etats-Unis » (Bowman, 2000 ; Foot, Schneider, 2001).

Pourtant, aussi divergentes que ces deux approches puissent paraître, on trouve sur les sites des deux candidats une même offre : tous deux proposent de télécharger des logiciels tels que NetNanny, Cyber Patrol ou Surf Watch, permettant de bloquer l'accès à certains sites dont le contenu est jugé « dangereux pour les mineurs ». Cette unanimité dans la volonté de contrôle indique qu'elle se situe bien au-delà du simple programme électoraliste : elle correspond à une tendance structurelle du discours sur Internet, qui vise à réduire ce que beaucoup perçoivent comme une liberté excessive. Il convient donc de s'interroger sur ce qui fonde ce mouvement et informe les tentatives répétées de régulation des contenus sur Internet.

I – Les débats et les tentatives de régulation

Depuis l'essor de l'Internet et son accession au statut de média de masse, le débat sur la liberté d'expression porte sur trois domaines principaux, l'informatique, le discours

subversif ou extrémiste et la pornographie. C'est cependant ce dernier domaine qui, nous le verrons, a été l'objet des controverses les plus nourries et qui constituera, après une analyse des revendications liées à l'informatique ou au discours politique, la base de notre réflexion sur la régulation de la liberté d'expression, les questions que celle-ci soulève et le sens implicite qui peut s'y déceler.

1) l'informatique

Il existe tout un mouvement, principalement composé d'informaticiens, qui tente de faire accepter l'idée que les codes informatiques sont assimilables à une catégorie de discours protégée par le 1^{er} amendement. Certains revendiquent ainsi le droit au décodage de DVD (Harmon, 2000) ; d'autres réclament le droit à l'échange de fichiers musicaux, une revendication à laquelle l'accord entre Napster et Bertelsmann, l'un des acteurs majeurs de l'industrie du disque, est loin d'avoir porté un coup fatal, puisque les fichiers musicaux s'échangent toujours sur GnuTella ou Winamix ; d'autres encore sont des universitaires, que leurs recherches conduisent à mettre à l'épreuve les systèmes de sécurité sur Internet, au grand dam de leurs concepteurs. Ainsi, l'informaticien russe Dimitry Sklyarov a été incarcéré sur une plainte de la société Adobe pour avoir démontré dans son mémoire de maîtrise qu'il était possible de désactiver les codes qui protègent les livres électroniques et ainsi donc d'y accéder sans payer aucun droit d'entrée, tandis qu'un professeur à l'université de Princeton, Edward Felten, se voit menacé de poursuites judiciaires pour avoir communiqué le résultat de ses recherches sur les failles des systèmes de protection des fichiers musicaux lors d'une conférence d'informatique (von Lohmann, 2002).

Devant l'ampleur des intérêts économiques en jeu, et afin de se conformer aux obligations contractées par le gouvernement américain de par sa signature du traité relatif à la propriété

intellectuelle de 1996³, le législateur intervient très rapidement. Dès octobre 1998, une loi, le Digital Millenium Copyright Act (DMCA) est adoptée et met en place une législation restrictive, maintenant les principes de base du copyright et les élargissant aux nouvelles technologies (von Lohmann, 2002)⁴. Le célèbre adage des premiers utilisateurs de l'Internet, « l'information demande sa liberté » (Porterfield, 1997), qui préconisait la libre circulation et la gratuité de tous les logiciels, a dû s'effacer devant l'exigence de rentabilité et la construction sociale dominante de la copie de logiciels ou de fichiers musicaux, assimilée à un vol (Bauman, 2002). En effet, non seulement les sociétés informatiques mais encore toute l'industrie de l'édition, du divertissement et notamment Hollywood, cherchent à empêcher le piratage en insérant dans leurs produits des codes qui en rendent la reproduction impossible ou très ardue. La nouvelle loi interdit non seulement toute tentative de désactiver ces codes mais encore va jusqu'à prohiber la publication ou la distribution des outils ou des technologies permettant une telle désactivation. L'un des effets pervers de cette loi est que la recherche en informatique se voit gravement freinée. D'aucuns y voient même un très sérieux risque d'encourager une pusillanimité legaliste qui éteindrait toute créativité (Lessig, 2001).

Par contre, le DMCA reprend une disposition déjà incluse dans le *Communications Decency Act* de 1996, dont nous examinerons le détail ci-dessous. Il s'agit de l'article 230, selon lequel les prestataires de services Internet et hébergeurs de sites ne peuvent être poursuivis en raison des sites de leurs clients ; cette clause, en garantissant les hébergeurs contre les risques de procès, protège au bout du compte la liberté d'expression des individus, désormais seuls responsables du contenu qu'ils mettent en ligne.

Une question liée à la précédente est celle du droit à l'usage de la cryptographie, notamment celui du PGP, acronyme de « Pretty Good Privacy », un logiciel qui permet de correspondre en code sans que les messages puissent être interceptés et décryptés par des

³ Il s'agit de WIPO, World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, 1996.

tiers: il s'agit pour Philip Zimmerman, l'auteur de ce logiciel, de protéger l'intimité et la vie privée des individus puisque, comme chacun sait, toute communication sur Internet est éminemment publique. Mais Zimmerman est bien sûr perçu avant tout comme un danger pour la sécurité de l'Etat et même brièvement emprisonné⁵, avant que les avancées du commerce électronique ainsi que l'introduction de l'Internet dans les services de l'Etat ne rendent la sécurisation des données essentielle. C'est ainsi qu'en janvier 2000, une nouvelle loi permet l'utilisation de la cryptographie et la vente de PGP à l'exportation. Aussi, en raison de la rapidité de réaction du législateur, le débat reste-t-il relativement marginal et circonscrit aux informaticiens ou aux militants de certaines associations, telles que *Electronic Frontier Foundation*, particulièrement au fait des dernières avancées de la technologie. Les seuls procès en cours sont ceux de Sklyarov et l'action en justice intentée par Felten contre le syndicat de producteurs de musique, SDMI, (von Lohmann, 2002). En dépit des positions libertaires de juristes influents tels que Lessig, le consensus en faveur de la protection de la propriété intellectuelle est tel qu'un seul membre de la Chambre des représentants, le démocrate Rick Boucher, se risque à évoquer la possibilité d'amender le DCMA afin de permettre la copie de CD à usage personnel, tout en s'attendant à une levée de boucliers de la part de l'industrie du disque (Naughton, 2002). La tentative de faire passer le code informatique pour une catégorie de discours bénéficiant de la protection du 1^{er} amendement semble donc avoir échoué et a été supplantée par une réflexion très traditionnelle sur le droit de la propriété intellectuelle.

2) les contenus subversifs

Le deuxième axe autour duquel s'ordonne le débat sur la liberté d'expression a trait aux contenus subversifs. L'arrêt Schenk, en 1919, a mis en place la notion d'un « danger

⁴ D'autres clauses de cette loi sont liées, quoique moins directement, à la question de la liberté d'expression ; il s'agit entre autres d'une réglementation des citations de contenus numériques ('fair use').

évident et imminent⁶ » portant atteinte à la sécurité de l'Etat et constituant ainsi une limite légitime à la liberté d'expression (Toinet, 1989, 111). Toute une série d'arrêts confirment cette jurisprudence, notamment l'arrêt Dennis, en 1951, qui autorise la vague d'arrestations de communistes que l'on sait. C'est en 1957, alors qu'Earl Warren préside aux destinées de la Cour Suprême, que la tendance s'inverse : l'arrêt Yates stipule en effet qu'il n'est pas interdit de « prôner et d'enseigner le renversement par la force du gouvernement », pour autant que cet enseignement ne soit pas lié à des actions en ce sens (Toinet, 139). Ce principe a été appliqué tel quel à l'Internet. Les contenus les plus extrêmes s'y déploient librement, sous la rigoureuse protection du 1^{er} amendement de la constitution, ce qui conduit certains observateurs à qualifier Internet de « nouvelle frontière de la haine »⁷. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples parmi bien d'autres, le Ku-Klux-Klan⁸ dévoile ses positions et son programme d'action tout en faisant appel à la générosité de ses partisans à la manière de n'importe quel groupe militant traditionnel. Son discours raciste, anti-homosexuel et antisémite y est accessible à tous, de même que la vente en ligne de vidéos et d'accessoires propres à ce type très particulier de militantisme. Le mouvement néo-nazi Stormfront⁹ se présente comme une base de données destinées aux « nationalistes blancs », tandis que le site de la milice du Missouri expose son point de vue sur la nécessité de s'opposer à l'avancée du socialisme aux Etats-Unis¹⁰.

Selon la jurisprudence actuelle, certaines catégories de discours sont cependant passibles de poursuites, dans des cas bien précis. Ainsi, l'incitation à la haine, raciale ou autre, (*hate speech*) perd la protection assurée par le 1^{er} amendement lorsqu'elle s'adresse, non pas à des groupes, mais à des personnes physiques ou morales bien définies et qu'elle contient des

⁵ Cf. le site personnel de Philip Zimmerman : <http://web.mit.edu/prz/>

⁶ « clear and present danger ».

⁷ « the Internet has become the new frontier in hate », *Combating Extremism in Cyberspace : The Legal Issues Affecting Internet Hate Speech*, Report of the Anti-Defamation League, http://www.adl.org/Civil_Rights/newcyber.pdf, p. 1.

⁸ <http://www.kukluxklan.org/>

⁹ www.stormfront.org

menaces avérées (*true threats*). Il en est de même pour les incitations à la violence et pour la diffamation : dès que la menace d'un passage à l'acte se manifeste, que ce soit sur un site Web ou dans des courriers électroniques, l'autorité judiciaire est fondée à intervenir¹¹. Dans ce domaine également, il existe un consensus largement partagé, selon lequel il importe de protéger tout discours, surtout lorsqu'il est minoritaire, mais de condamner fermement toute incitation à la violence ou à la haine.

3) les contenus pornographiques

Si le public ainsi que les cours de justice des Etats-Unis semblent peu divisés lorsqu'il s'agit de code informatique, de propriété intellectuelle ou de discours subversifs, il en va tout autrement dès lors qu'il s'agit de pornographie. C'est en effet dans ce domaine que les controverses les plus vives ont éclaté, autour de trois propositions de loi dont chacune a donné lieu à d'intenses campagnes de presse.

a) le CDA (*Communications Decency Act*)

Dès 1995, certains députés démocrates, soutenus par Bill Clinton et rejoints par des républicains, mais aussi par le groupe chrétien d'extrême droite The Christian Coalition¹², ainsi que par des associations familiales de tendance conservatrice telles que The Family Foundation ou Morality In Media¹³, tentent de faire inclure dans la loi sur les télécommunications une clause dédiée à la répression de tout contenu susceptible d'être vu par des mineurs qui décrit, « en termes indéniablement choquants selon les normes sociales

¹⁰ The Missouri 51st Militia : <http://www.mo51st.org/>

¹¹ Deux cas récents confirment cette jurisprudence : *United States v. Machado* en 1998 et *United States v. Kingman Quon*, en 1999. Dans le premier cas, un étudiant avait menacé par courrier électronique 60 étudiants asiatiques à UCI (University of California at Irvine) ; il fut condamné à un an de prison ferme. Dans le second cas, un étudiant avait menacé, toujours par courrier électronique, des membres du corps enseignants et des étudiants d'origine hispanique au MIT et à l'Université d'Etat de Californie, à Los Angeles. Il fut condamné à deux ans de prison. Cf. *Combating Extremism in Cyberspace*, *op. cit.*, p. 6-7.

¹² <http://www.cc.org/> The Christian Coalition dit représenter près de deux millions de personnes.

¹³ The Family Foundation : <http://www.tffky.org/articles/1997/199707dc.htm> ; Morality in Media : <http://www.moralityinmedia.org/> On trouve sur ces deux sites des manifestes ainsi que des pétitions en faveur d'un contrôle des contenus publiés sur Internet.

contemporaines, des activités ou des organes sexuels ou des fonctions d'excrétion » (Reno v. ACLU, 117 S. Ct. 2329). Ce texte, qui bénéficie donc d'un soutien bipartite, rend passible de poursuites pénales « la transmission en connaissance de cause » de contenus « indécents » ou « manifestement choquants ».

Adopté par le Congrès en 1996, le texte entre en vigueur le 7 février 1997. Il est immédiatement remis en cause sur la base du 1^{er} amendement par un groupe de plaignants, dont l'ACLU (American Civil Liberties Union), une association de défense des libertés civiques fondée en 1920 et forte, à l'heure actuelle, de 300 000 membres. Le CDT (Center for Democracy and Technology), un groupe de militants en faveur de la liberté de circulation des flux d'information sur Internet, mais aussi du droit à l'intimité et à la liberté d'expression sur le réseau, s'associe également à cette action en justice.

La Cour Suprême déclare le texte inconstitutionnel dès le 26 juin 1997, dans un arrêt intéressant à plus d'un titre. Ce texte fournit tout d'abord la première définition juridique du cyberspace : or la Cour Suprême refuse de l'assimiler aux médias tels que la radio ou la télévision. Ces derniers ont en effet un caractère intrusif, puisqu'ils peuvent s'imposer à la vue et à l'audition du citoyen dans les lieux publics ; c'est la raison pour laquelle ils bénéficient d'une moindre protection sur la base du 1^{er} amendement (Scalia, 1987, 16). En évitant l'assimilation de l'Internet à la radio ou à la télévision, la communication sur le réseau est donc *de facto* assimilée au texte imprimé qui, lui, bénéficie du plus grand nombre de garanties.

L'arrêt souligne en outre le caractère vague des expressions « indéniablement choquants » ou « indécents »¹⁴, un flou conceptuel qui paralyserait de facto la liberté

¹⁴« fails to provide any definition of "indecent" and omits any requirement that "patently offensive" material lack socially redeeming value; » Reno v. ACLU, <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZS.html>

d'expression¹⁵ ; comme le précise l'arrêt, le terme d'indécence est imprégné de jugements de valeur qui rendent la détermination de son sens particulièrement ardue. Or, si l'on ne peut se référer à une définition claire, dépourvue d'ambiguïté, de ce qui constitue l'indécence, ou de ce qui est manifestement choquant, c'est potentiellement – en poussant le raisonnement à l'extrême - tout le contenu d'Internet qui est susceptible de tomber sous le coup de cette proposition de loi. En effet, n'importe quel document risque d'être considéré comme choquant par certains segments de la population ; Internet serait alors l'otage des éléments les plus pudibonds parmi les internautes. D'autre part, parmi les créateurs de sites – et ils sont légion - la crainte de contrevenir à une loi complexe risque d'aboutir à une autocensure. Le flou intrinsèque aux notions 'd'indécence' ou de 'contenu manifestement choquant' crée donc, pour la Cour Suprême, un blocage évident de la liberté de parole ('chilling effect on free speech').

Tout en admettant que l'Etat puisse légitimement souhaiter préserver la jeunesse de certains contenus visibles sur le réseau, l'arrêt réaffirme que cet objectif doit être atteint en usant des moyens les moins restrictifs possibles¹⁶ : ainsi, la Cour Suprême se refuse à utiliser l'argument de la protection des mineurs pour restreindre le droit à l'expression des adultes¹⁷. Les rédacteurs de l'arrêt préfèrent s'en remettre aux logiciels de filtrage qui seront bientôt mis sur le marché et qui permettront aux parents de contrôler les contenus auxquels leurs enfants accèdent sur Internet¹⁸. Ils rejettent enfin l'idée d'une auto-signalétique requérant toute

¹⁵ « its use of the undefined terms "indecent" and "patently offensive" will provoke uncertainty among speakers about how the two standards relate to each other and just what they mean. The vagueness of such a content-based regulation, see, e.g., *Gentile v. State Bar of Nev.*, 501 U.S. 1030, coupled with its increased deterrent effect as a criminal statute, see, e.g., *Dombrowski v. Pfister*, 380 U.S. 479, raise special First Amendment concerns because of its obvious chilling effect on free speech. » *Reno v. ACLU*, *op. cit.*

¹⁶ « the least restrictive means », *Reno v. ACLU*, *op. cit.*

¹⁷ « Although the Government has an interest in protecting children from potentially harmful materials, see, e.g., *Ginsberg*, 390 U.S., at 639, the CDA pursues that interest by suppressing a large amount of speech that adults have a constitutional right to send and receive, see, e.g., *Sable*, *supra*, at 126. », *Reno v. ACLU*, *op. cit.*

¹⁸ « currently available user-based software suggests that a reasonably effective method by which parents can prevent their children from accessing material which the parents believe is inappropriate will soon be widely available. », *Reno v. ACLU*, *op. cit.*

personne qui met en ligne un contenu quelconque de le classer¹⁹, puisqu'il serait impossible de contrôler le bien-fondé d'une telle signalétique, et encore moins la bonne foi des créateurs de sites ou des internautes eux-mêmes.

La Cour Suprême, on le voit, a interprété de façon très stricte les prescriptions implicites dans la formulation foncièrement négative du 1^{er} amendement. Celui-ci prévoit en effet que « le Congrès ne fera aucune loi restreignant la liberté de parole ». En d'autres termes, la Constitution américaine ne délimite pas les types d'expression autorisés, ne fixe pas, contrairement au droit français, les abus de la liberté d'expression, mais « se préserve par avance des limitations plus ou moins insidieuses que le législateur aurait pu imposer » (Morange, 1993, 19).

b) *Child Online Protection Act*

Cette victoire judiciaire, considérée par les activistes libertaires de l'ACLU ou du CDT comme une étape majeure dans la protection de la liberté d'expression sur Internet, sera cependant très rapidement mise à l'épreuve. La volonté de protéger les enfants bénéficie en effet de la faveur d'un plus large public au fur et à mesure que l'accès au réseau se banalise. Le président Clinton continue également à apporter son soutien aux tentatives de régulation de l'Internet²⁰, précisément parce qu'il entend développer largement son usage dans tous les domaines de la vie économique et politique, et qu'il importe donc d'assurer les citoyens de l'innocuité du réseau. La proposition de loi intitulée Child Online Protection Act (COPA), mais aussi dénommée par ses adversaires CDA II, est votée par le Congrès et sa mise en

¹⁹ « The Government's argument that transmitters may take protective "good faith actio[n]" by "tagging" their indecent communications in a way that would indicate their contents, thus permitting recipients to block their reception with appropriate software, is illusory, given the requirement that such action be "effective": The proposed screening software does not currently exist, but, even if it did, there would be no way of knowing whether a potential recipient would actually block the encoded material. », *Reno v. ACLU, op. cit.*

²⁰ Cf. le communiqué de presse publié par Bill Clinton après la décision de la Cour Suprême invalidant le CDA. Reproduit sur le site de l'association Citizens Internet Empowerment Coalition : http://www.ciec.org/decision_PA/960612_Clinton_stmnt.html

application prévue pour le 29 novembre 1998. La loi COPA rend passible de poursuites pénales quiconque se sert d'Internet pour effectuer une communication à but commercial « nuisible aux mineurs », à moins de leur avoir au préalable interdit l'accès en exigeant un numéro de carte bancaire. Ce sont bien sûr les sites pornographiques payants qui sont visés au premier chef, alors que les contenus pornographiques mis en ligne par des personnes privées ne sont pas mis en cause par ce projet de loi.

Un mois environ avant l'entrée en vigueur de cette loi, un groupe de plaignants comprenant l'ACLU, le CDT, des hébergeurs de sites et des fournisseurs de contenu déposent plainte en arguant de son caractère inconstitutionnel. L'argumentation est identique à celle qui a servi à renverser le CDA en 1997 : la formulation trop vague pénaliserait de larges pans de discours protégés par le 1^{er} amendement, sans pour autant mettre les enfants à l'abri. L'ACLU recommande donc l'installation par les parents eux-mêmes, de logiciels de filtrage et de blocage des sites jugés pernicioeux. Ainsi le législateur n'a-t-il plus à se préoccuper des choix individuels des internautes. Le soutien apporté par l'ACLU à l'usage individuel de logiciels filtrants est conforme aux idéaux des membres de cette association, que certains surnomment les absolutistes du 1^{er} amendement. Dans ce cas en effet, la charge du contrôle revient à l'individu et non à l'Etat. Libre à chacun de choisir les catégories de discours auxquels il accepte de s'exposer, sans que l'Etat ait le moindre droit de regard sur ceux-ci. C'est donc bien la façon la moins contraignante possible d'assurer la protection de la jeunesse sans déroger au 1^{er} amendement.

Cette proposition de loi a elle aussi été déclarée inconstitutionnelle dès le 22 juin 2000 par une cour d'appel fédérale, dont le jugement a été confirmé par la Cour Suprême le 13 mai 2002²¹. La tendance jurisprudentielle à la stricte interprétation du 1^{er} amendement se confirme

²¹ Ashcroft v. ACLU, 00-1293, May 13, 2002.

donc par ce deuxième arrêt, rendu cinq ans après celui que la plupart des observateurs considèrent comme l'un des jalons majeurs du droit de l'Internet aux Etats-Unis.

c) *Children's Internet Protection Act*

C'est en partie pour des raisons semblables à celles avancées lors des deux premiers procès que l'ACLU s'oppose au troisième projet de réglementation de la liberté d'expression sur Internet. En effet, le Congrès votait, le 15 décembre 2000, une mesure (incluse dans le Labor-Health and Human Services-Education Appropriations Bill – HR 4577) requérant les bibliothèques publiques et les écoles de s'équiper de logiciels bloquant les sites à contenu obscène, ceux consacrés à la pornographie infantile ou contenant des éléments nuisibles aux mineurs, sous peine de se voir retirer les subsides fédéraux : il s'agit du Children's Internet Protection Act, désigné par l'acronyme CIPA. Quatre jours plus tard, une association de bibliothécaires liée à l'ACLU et un certain nombre d'autres plaignants²² intentent un procès en constitutionnalité. En effet, la mise en oeuvre de cette loi contraindrait les bibliothèques et les écoles à jouer un rôle régulateur et autoritaire contraire au principe de l'intervention la moins contraignante possible de la puissance publique.

L'argumentation des plaignants repose en outre sur les limitations techniques des logiciels de blocage de sites dont cette loi rendrait l'usage obligatoire dans les bibliothèques ou les écoles. Cyber Patrol, Surf Watch ou bien Net Nanny utilisent soit une liste de mots-clés, soit des évaluations fréquentes de sites pour déterminer lesquels seront accessibles ou non (Heins, 1998). Ces logiciels ont cependant et notoirement bloqué des sites tels que ceux du Planning familial ou d'autres pages contenant des informations médicales : dans un cas

²² Une jeune fille de 15 ans et sa tante, qui ne possèdent pas d'accès Internet à la maison, deux candidats au Congrès, dont les sites ont été bloqués par les logiciels de filtrage, Planetout.com, un site consacré aux homosexuels, lesbiennes et bisexuels, et Planned Parenthood Federation of America, dont le site contient des informations sur la contraception. Site de l'ACLU, « ACLU Files Challenge to Library Internet Censorship in Case Fast-Track for Supreme Court Review », <http://www.aclu.org/features/f032001a.html>

célèbre, Surf Watch a bloqué une page reproduisant un passage des *Confessions de St Augustin* en latin : le système de filtrage aura sans doute été déclenché par la préposition latine *cum* (Nunberg, 2001).

En outre, le filtrage de sites violents ou racistes s'avère encore plus aléatoire car les mots-clés employés, bien plus généraux que ceux du champ lexical de la pornographie, aboutissent au blocage d'un nombre considérable de sites dépourvus de tout contenu susceptible de choquer quiconque. Enfin, aucun de ces logiciels ne livre la liste des sites bloqués, ce qui interdit de connaître les pré-supposés qui ont causé l'exclusion de tel ou tel site (Nunberg, 2001). Ces diverses considérations ainsi que la jurisprudence antérieure ont conduit la 3^e circonscription judiciaire (3rd Circuit Court of Appeals), dans une décision²³ rendue le 31 mai 2002 à Philadelphie, à invalider la loi CIPA (Schwartz, 2002). Si le gouvernement américain décide d'interjeter appel, le cas sera du ressort de la Cour Suprême, qui devra statuer sur la conformité de cette loi au 1^{er} amendement.

II) L'implicite des débats sur la régulation de la liberté d'expression

Dans ces tentatives de législation, on le voit, différentes stratégies sont à l'œuvre. Lorsqu'il s'agit de protéger la propriété intellectuelle, on ne s'embarrasse guère du souci d'élargir la définition de la liberté de parole pour y inclure le code informatique ou la cryptographie. Le faible nombre d'actions en justice indique bien la marginalité de ces combats, car chacun perçoit la nécessité de permettre aux créateurs de vivre du fruit de leur travail et de les encourager ainsi à rendre publiques leurs innovations – une disposition d'ailleurs inscrite dans l'article premier de la Constitution des Etats-Unis, qui octroie au Congrès le pouvoir de « favoriser le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pour

²³ American Library Association v. United States, 01-1303, Multnomah Public Library v. United States, 01-12-322, <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/02D0415P.HTM>

un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs » (Article 1, section 8, trad. Vincent, 1997, 386).

Dans le cas des contenus subversifs, aucune affaire n'a été soumise à la Cour Suprême ; on s'est plutôt offusqué, aux Etats-Unis, du jugement rendu en France par le juge Gomez à l'encontre de Yahoo dans l'affaire de la vente d'insignes nazis. C'est que les Etats-Unis pensent la liberté d'expression de façon semblable à la liberté d'entreprendre : les idées s'affrontent librement et la vérité finira par triompher à l'issue de son combat avec l'erreur. La Cour Suprême elle-même a pris appui sur cette notion : en effet, dans un avis minoritaire rédigé en 1919, le juge Oliver Wendell Holmes évoque la nécessité du « libre commerce des idées » et avance que la meilleure façon d'éprouver la véracité d'une idée est « la concurrence du marché »²⁴. Minoritaire en 1919, cette opinion prévaut à l'heure actuelle et informe une bonne part du débat suscité par la régulation des contenus sur Internet.

Ce n'est donc ni dans le domaine du copyright ou du code informatique, ni dans celui du discours politique subversif ou extrémiste, où le consensus prévaut, mais bien dans le domaine de la pornographie que les controverses les plus vives ont éclaté, que se sont affrontés des groupes aux idéologies divergentes. C'est ainsi que la pornographie s'est retrouvée aux avant-postes de la défense de la liberté d'expression, une position suffisamment surprenante pour mériter, comme nous le verrons plus loin, une interrogation plus poussée.

Pour les partisans de la régulation des contenus pornographiques sur Internet, l'enjeu consiste avant tout à identifier les textes, les images ou les sons jugés nuisibles et à les interdire. Ce faisant, les tentatives de régulation de la liberté d'expression sur Internet ne font

²⁴ Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 1919 : "But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that **the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas** -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in **the competition of the market**, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment." C'est moi qui souligne.

que reprendre les grandes orientations de celles qui ont été dirigées contre le livre, le cinéma ou la télévision. Or celles-ci soulèvent deux problèmes majeurs : d'une part, la question des effets de la représentation de la violence et de la sexualité ; et d'autre part, la question de la définition du contenu violent ou pornographique.

1) La question des effets

La controverse sur les effets de la représentation remonte au moins à la *Poétique* d'Aristote et à sa théorie de la fonction cathartique de la tragédie : en évoquant chez le spectateur la crainte et la pitié, les scènes d'horreur des tragédies permettraient d'éprouver puis d'évacuer les mêmes pulsions que celles qui animent leurs héros. La théorie inverse, appliquée notamment par l'Eglise depuis la généralisation de l'imprimerie au XVI^e siècle, tient que la seule exposition aux textes suffit à exercer une influence pernicieuse, notamment sur certaines âmes fragiles. L'aboutissement de cette logique, c'est, en Grande-Bretagne, l'arrêt *Regina v. Hicklin*, rendu en 1868. Le rédacteur de cet arrêt, Lord Cockburn, définit le texte obscène comme étant celui qui suggère « des pensées de caractère particulièrement impur et libidineux », dont il convient de protéger « les femmes, les domestiques et les faibles d'esprit » (Couturier, 1996, 232). C'est cette loi qui a servi de fondement à la jurisprudence américaine jusqu'en 1957, renforcée dès 1873 par la loi Comstock, qui interdit d'expédier par la poste tout document dont le contenu serait « lubrique, indécent, vulgaire ou obscène ».

Ces deux textes ont servi de base à l'interdiction de toute une série de romans modernes et jouent le rôle de précédent dans les tentatives de régulation des contenus sur Internet, avec une différence importante cependant : aujourd'hui, seuls les enfants sont mentionnés dans le discours favorable à la limitation de la liberté d'expression. Cette évolution peut vraisemblablement être mise au compte de l'accession graduelle des femmes et des domestiques à un statut de sujet à part entière, qui les libère du statut d'objets d'un

discours protecteur et paternaliste. Quant aux faibles d'esprit, la médicalisation de leur état les a expulsés de la sphère de la protection étatique pour les transformer en objets de soins. Seule perdue la protection de la jeunesse en tant que cause commune à toute la société, unique élément fédérateur qui permette, en l'absence de toute preuve irréfutable des effets pernicioeux du spectacle de la violence et de la pornographie, de justifier une restriction à la liberté d'expression. Il faut le souligner en effet : aucune étude de sociologie ou de psychologie ne permet à l'heure actuelle de trancher le débat de façon certaine (Durkin, 1995).

2) La définition de l'obscénité

La seconde question soulevée par les tentatives de régulation de la liberté d'expression est celle de la définition du contenu obscène : selon l'arrêt Regina, c'est celui qui suggère des pensées impures et cette définition de l'obscénité a prévalu aux Etats-Unis jusqu'en 1957. Cette date est celle de l'arrêt Roth, un éditeur condamné pour avoir envoyé par la poste un livre réputé obscène. Dans l'arrêt qu'il rédige, le juge Brennan établit une distinction majeure entre la représentation de l'obscène, « dépourvu de toute valeur sociale rédemptrice » et la représentation de la sexualité, définie comme « une grande et mystérieuse force active dans la vie humaine » (Toinet, 153 ; Couturier, 245 ; Heins, 1998). Il propose également un test permettant de déterminer la nature obscène d'un document : il s'agit de savoir si « pour la personne moyenne, lorsqu'elle applique les normes en vigueur dans la société contemporaine, le thème prédominant de l'œuvre dans son ensemble suscite une réaction lascive » (Toinet, 154). L'extrême imprécision de termes tels que « valeur sociale rédemptrice » ou « réaction lascive » est avant tout un indice de la difficulté à laquelle se heurte toute tentative de définition de l'obscénité. Le juge Brennan le reconnaîtra dans l'avis minoritaire qu'il rédigera

en 1973 pour le cas Paris Adult Theater I²⁵. L'imprécision récurrente dans l'emploi de ces termes soulève cependant des questions fondamentales.

III) La censure et la norme

L'imprécision des termes remplit en effet une fonction autrement plus importante que celle de la simple expression d'une difficulté sémantique. Car en évoquant le jugement de la « personne moyenne », il s'agit tout d'abord d'édicter une norme, celle de la morale sexuelle moyenne, autrement dit, celle des bonnes mœurs (Dury, 1995, 16) : c'est ce qui est évoqué lorsque le juge fait appel aux normes en vigueur dans la société contemporaine (« contemporary community standards »). Or, ainsi que l'a démontré Michel Foucault dans son étude de la mise en place du système carcéral moderne, « apparaît ... le pouvoir de la Norme. ... Le Normal s'établit comme principe de coercition. ... La normalisation devient ... l'un des grands instruments du pouvoir » (Foucault, 1975, 216). Tout ce qui n'est pas conforme à cette moyenne est marginalisé, marqué du stigmate d'une altérité néfaste et donc passible de poursuites, précisément parce que la norme, en définissant les limites de l'acceptable et de l'inacceptable, vise à créer l'unité du corps social.

La norme coercitive reste cependant, floue, non-dite et peut-être même non dicible : elle n'apparaît qu'en creux. Elle est non-écrite, ce qui indique la part d'arbitraire et d'irrationnel qu'elle contient (Dury, 12). On le constate dans les avis rédigés par le juge

²⁵ Dissenting opinion : Justices Brennan, Stewart, Marshall :

« In *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), the Court held that obscenity, although expression, falls outside the area of speech or press constitutionally protected under the First and Fourteenth Amendments against state or federal infringement. But at the same time we emphasized in *Roth* that "sex and obscenity are not synonymous," *id.*, at 487, and that matter which is sexually oriented but not obscene is fully protected by the Constitution. For we recognized that "sex, a great and mysterious motive force in human life, has indisputably been a subject of absorbing interest to mankind through the ages; it is one of the vital problems of human interest and public concern." *Ibid.* [note 4] *Roth* rested, in [79] other words, on what has been termed a two-level approach to the question of obscenity. [note 5] While much criticized, [note 6] that approach has been endorsed by all but two members of this Court who have addressed the question since *Roth*. **Yet our efforts to implement that approach demonstrate that agreement on the existence of something called "obscenity" is still a long and painful step from agreement on a workable definition of the term.** » C'est moi qui souligne.

Brennan, on le constate également dans le fait que les logiciels de blocage de sites pornographiques ne livrent pas la liste des sites dont ils interdisent l'accès. Cette réticence fait écho à l'embarras auquel furent confrontés les censeurs de l'époque classique : craignant d'indiquer au lecteur « les sources du plaisir illicite », ils ne fournissent jamais aucune précision sur les raisons de l'interdiction d'un livre (Abramovici, 1997, 221-222).

Or cette opacité est constitutive de toute tentative de censure. Elle signale que l'enjeu de la régulation de la liberté d'expression est avant tout celui du pouvoir, un pouvoir qui est celui de dire la norme et notamment la norme sexuelle, mais aussi le pouvoir de prescrire ce que l'on a le droit de savoir. En effet, la forte demande de contrôle qui se fait jour lorsque l'on évoque l'Internet ne provient pas seulement du sentiment d'inquiétante étrangeté qu'il suscite (Serfaty, 1999a, 106), mais de l'encyclopédisme qui y est inscrit. Ici encore, la comparaison historique s'avère particulièrement éclairante. Au XVIII^e siècle, en effet, le désir de savoir universel que véhicule le projet encyclopédique effraie autant qu'il fascine, ce qui conduit certains à penser que « la volonté de repérage du livre interdit aurait ainsi été l'un des efforts pour rapprocher les limites désormais hors d'atteinte du savoir » (Abramovici, 228).

L'Internet est lui aussi perçu²⁶ comme le lieu à partir duquel on peut accéder à des informations de tous ordres, en court-circuitant les instances de transmission et donc de contrôle du savoir : c'est tout le principe d'autorité qui se trouve ébranlé (Serfaty, 1999b, 140).

Conclusion

Puisque cette étude parvient à son terme, il faut maintenant répondre à la question posée par son titre. La liberté qu'apporte l'Internet est-elle ingérable pour les Etats-Unis ? A l'évidence, il n'en est rien. Le débat autour de la liberté d'expression sur Internet ne constitue

²⁶ Voir par exemple le site <http://www.moralityinmedia.org> qui conseille de placer les ordinateurs dans un lieu public de chaque maison afin de pouvoir contrôler ce qui s'affiche à l'écran.

aucunement une rupture mais s'insère dans une longue tradition judiciaire aussi bien que philosophique. Il est cependant légitime de s'interroger sur les raisons pour lesquelles la pornographie et non l'expression politique se voit chargée du rôle de défenseur de ce droit fondamental : on peut en effet se demander si cette situation est due au poids économique considérable de l'industrie pornographique. Bien que séduisante de prime abord, cette thèse ne résiste cependant pas à l'examen. L'industrie pornographique a certes tiré parti des combats en faveur de la liberté d'expression, mais ses représentants n'y ont guère joué un rôle prépondérant. Le fondateur du magazine *Hustler*, Larry Flint, que le film d'Oliver Stone et Milos Forman²⁷ présente sous un jour héroïque, a en fait habilement utilisé sa joute judiciaire contre le prédicateur Jerry Falwell²⁸ à des fins auto-promotionnelles. Il en a été de même pour Hugh Hefner, le fondateur de *Playboy*, en dépit du fait qu'il ait lui-même cru à son rôle de prophète de la libération des mœurs : ces entrepreneurs, de même que les très nombreux acteurs économiques de ce secteur, ont avant tout exploité à leur avantage les évolutions tant sociales que jurisprudentielles de la seconde moitié du vingtième siècle ; ils ne sont d'ailleurs impliqués dans aucun des procès relatifs à l'Internet. C'est donc vers d'autres hypothèses qu'il faut se tourner pour tenter d'identifier les raisons de l'importance acquise par le combat en faveur de la libre publication de contenus pornographiques, au détriment de tous les autres domaines où peut s'exercer la liberté d'expression.

Sans doute cette situation prévaut-elle en partie parce que la pornographie possède, dans les sociétés contemporaines, une charge transgressive qui ne se dément pas. Celle-ci porte en effet sur la place publique un élément majeur de la sphère privée, la sexualité. En montrant ce qui aurait dû rester caché, elle conteste la norme sociale et freine son totalitarisme potentiel. Par ailleurs, et de façon paradoxale, la pornographie se voit propulsée au rang de porte-étendard des libertés collectives parce qu'elle se situe délibérément dans le champ de la

²⁷ *The People v. Larry Flint*, Columbia Pictures, 1996.

²⁸ *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 1988.

liberté individuelle. En effet, dans la mesure où la pornographie rend publics le personnel et l'intime, elle souligne que l'existence et la sauvegarde d'une sphère privée où l'individu est seul maître de ses choix est une condition centrale de la liberté politique qui, elle, concerne tout le corps social : ainsi les liens inextricables entre libertés privées et libertés publiques se voient-ils mis en pleine lumière. La vitalité des controverses, sans cesse renaissantes, sans cesse adaptées aux nouveaux moyens de communication (Serfaty, 2000), prouve, s'il en était besoin, que le débat sur la liberté d'expression aux Etats-Unis est précisément ce qui rend gérables les nouveaux espaces de liberté ouverts par l'Internet.

Bibliographie

ABRAMOVICI, Jean-Christophe, (1997). « Le repérage du livre interdit au temps des Lumières » in BAILLAUD, Bernard, de GRAMONT, Jérôme, HUE, Denis (sous la dir. de), *Censures et interdits*, Cahiers Diderot n° 9, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 219-229.

AGRE, Philip E., (2000). « Who Invented 'Invented' ? : Tracing the Real Story of the 'Al Gore Invented the Internet' Hoax », *Red Rock Eater Digest*, October 17,
<http://commons.somewhere.com/rre/2000/RRE.Al.Gore.and.the.Inte1.html>

BARENDT, Eric, (1985). *Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press.

BAUMAN, Deborah, (2002). « Four Out Of Every Ten Software Programs Are Pirated Worldwide », *Report of the Business Software Alliance*, June 10.
<http://www.bsa.org/usa/press/newsreleases//2002-06-10.1129.phtml>

BELL, Tom W., (2001). « Internet Privacy and Self-Regulation : Lessons from the Porn Wars », *Cato Institute Briefing Papers*, <http://www.cato.org>

BOWMAN, Lisa M. (2000). « ZDNN Q&A with Gorge W. Bush », *ZDNet News*, June 21.
<http://www.zdnet.com>.

COUTURIER, Maurice, (1996). *Roman et censure ou la mauvaise foi d'Eros*, Seyssel, Editions du Champ Vallon.

DURKIN, Kevin, (March 1995). « Chasing the Effects of Media Violence », *ABA Update: Newsletter of the Australian Broadcasting Authority*, n° 29, consultable sur Internet :
<http://www.media-awareness.ca/eng/issues/violence/resource/articles/chasefx.htm>

DURY, Maxime, (1995). *La censure : la prédication silencieuse*, Paris, Editions Publisud.

FOOT, Kirsten A., SCHNEIDER, Steven M., (2002). « Online Action : In the US 2000 Political Campaign », communication au colloque *Campaigning on the Net*, IEP de Strasbourg, 30-31 mars 2001, à paraître in SERFATY, Viviane (sous la dir. de), *L'Internet Politique*, Presses Universitaires de Strasbourg.

FOUCAULT, Michel, (1975). *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard.

HARMON, Amy, (2000). « Free Speech Rights for Computer Code », *The New-York Times*, July 31.

HEINS, Marjorie, (1998). «Screening Out Sex », *The American Prospect*, vol. 9 n° 39, July 1-August 1.
Consultable sur www.prospect.org

LERAT, Christian, (1989). *La Cour Suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolutions historiques*, Talence, Presses Universitaires de Bordeaux.

LESSIG, Lawrence, (2001). *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World*, New-York, Random House.

von LOHMANN, Frederic, (2002). « Unintended Consequences : Three Years Under the DMCA », *Electronic Frontier Foundation*, http://www.eff.org/IP/DMCA/20020503_dmca_consequences.pdf

MCCULLAGH, Declan (1999). « No Credit Where It's Due » *Wired News*, March 11,
<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,18390,00.html>)

MCCULLAGH, Declan, (2000). « The Mother of Gore's Invention », *Wired News*, October 17,
<http://www.wired.com/news/print/0,1294,39301,00.html>).

MORANGE, Jean, (1993). *La liberté d'expression*, Paris, PUF.

NAUGHTON, John, (2002). « Now You Can't Make a Copy. Is This a Record ? », *The Observer*, January 13, <http://www.observer.co.uk/Print/0,3858,4334183,00.html>

NUNBERG, Geoffrey, (2001). « The Internet Filter Farce », *The American Prospect*, vol. 12 n° 1, January 15. Consultable sur www.prospect.org

PORTERFIELD, Keith H., (1997). « Information Wants To Be Free », 1st O'Reilly Perl Conference,
<http://www.netaction.org/articles/freesoft.html>

SCALIA, Antonin, (1987). « A House with Many Mansions : Categories of Speech Under the First Amendment » in STEWART, James B. (ed.), *The Constitution, the Law and Freedom of Expression : 1787 – 1987*, Carbondale and Evansville, Southern Illinois University Press, 9-21.

SERFATY, Viviane, (1999[a]). « L'Internet : fragments d'un discours utopique », *Communication et Langages*, 119, janvier-mars, 106-117, www.chez.com/vserfaty/utopie.html

SERFATY, Viviane, (1999[b]). *L'Internet, l'imaginaire, le politique : quelques aspects du réseau en France, en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis*. Thèse de doctorat, Université de Paris-7.

SERFATY, Viviane, (2000). "De la répulsion à la fascination : l'Internet et les représentations des NTIC », *ASP*, Université de Bordeaux II, n° 27-30, p. 231-241, www.chez.com/vserfaty/imaginaire.html

SCHWARTZ, John, (2002) « Court Overturns Law Mandating Internet Filters for Public Libraries », *The New-York Times*, June 1.

THERY, Jean-François, (1990). *Pour en finir une bonne fois pour toutes avec la censure*, Paris, Editions du Cerf.

TOINET, Marie-France, (1989). *La Cour Suprême : les grands arrêts*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy.

VINCENT, Bernard (sous la dir. de), (1997). *Histoire des Etats Unis*, Paris, Flammarion.

WILSON, Wesley , (2002). «A Different Kind of e-publican », communication au colloque *Campaigning on the Net*, IEP de Strasbourg, 30-31 mars 2001, à paraître in SERFATY, Viviane (sous la dir. de), *L'Internet Politique*, Presses Universitaires de Strasbourg.

Sites consultés :

American Civil Liberties Union (ACLU) : www.aclu.org

American Library Association (ALA) : www.ala.org

Anti-Defamation League (ADL) : www.adl.org : texte intégral du rapport « Combating Extremism in Cyberspace : The Legal Issues Affecting Internet Hate Speech »

Center for Democracy and Technology (CDT) : www.cdt.org

Electronic Frontier Foundation (EFF) : www.eff.org

Electronic Privacy Information Center (EPIC) : www.epic.org

Legal Information Institute's Supreme Court Collection : texte intégral des arrêts de la Cour Suprême : <http://supct.law.cornell.edu/supct/>

The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania : texte integral de l'arrêt invalidant la loi CIPA : <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/02D0415P.HTM>