

Le « libre marché des idées » et la régulation de la communication publique

Charles Girard
(Université Paris-Sorbonne)

Le modèle du « libre marché des idées » exerce depuis près d'un siècle une influence considérable sur le droit des médias et la conceptualisation du débat public, qui s'exerce bien au-delà du cadre de la jurisprudence américaine où il a pris forme. Suggérant que les pouvoirs publics ont une obligation de ne pas intervenir pour contrôler les actes expressifs des citoyens, il est en particulier mobilisé pour rejeter tout projet de régulation des moyens de communication, qu'ils soient entrepris au nom du pluralisme des médias, du débat démocratique, ou de la liberté d'expression elle-même. Si, comme il l'affirme, une politique de laissez-faire, fondée sur la seule protection de la liberté d'expression individuelle, est le meilleur moyen de faire émerger, par la communication publique, la pluralité des opinions « vraies », alors les initiatives régulatrices visant à améliorer la qualité épistémique de cette communication (qui suppose son pluralisme) sont contre-productives.

Il est pourtant régulièrement affirmé dans les démocraties libérales contemporaines, en particulier depuis le milieu du vingtième siècle, que les médias de masse et les organes de presse ont un rôle politique à jouer, une responsabilité épistémique vis-à-vis de la société dans son ensemble qui ne saurait être réduite au fait de servir de moyens d'expression pour leurs propriétaires et animateurs, et qui peut donc justifier certaines interventions étatiques. Les théories de la « responsabilité sociale » de la presse et du « journalisme civique », les discours sur le « droit à l'information » et les visions délibératives de la parole publique, ont en commun d'affirmer qu'il faut, d'une manière ou d'une autre, réguler la communication dans les lieux de diffusion publique maximale (tels la presse, la radio, la télévision, et l'internet, dans nombre de leurs usages du moins). Ainsi la *Commission sur la Liberté de la Presse* instituée par Robert Hutchins et Henry Luce à l'issue de la seconde guerre mondiale¹ affirmait-elle déjà qu'il ne peut suffire, pour

¹ The Commission on Freedom of the Press, *A Free and Responsible Press*, Chicago, The University of Chicago Press, 1947 (disponible en ligne: <http://www.archive.org/details/freeandresponsib029216mbp>, accès le 15 octobre 2011). Voir également la contribution du philosophe William E. Hocking, qui fut un membre

promouvoir le bien commun, de se reposer sur les actions individuelles spontanées des entrepreneurs médiatiques : il est nécessaire et légitime, lorsque ces agents n'en prennent pas eux-mêmes l'initiative, de faire en sorte que les médias remplissent leur tâche politique, qui consiste notamment à servir de « forum pour l'échange de commentaires et de critiques »².

Les projets de réforme inspirés par de telles conceptions ont connu un succès inégal mais généralement mitigé dans les régimes démocratiques ; l'invocation du libre marché des idées a sa part dans ce relatif échec. En enracinant le refus de la régulation étatique dans le respect du principe fondamental de la liberté individuelle d'expression, il permet en effet de rejeter les propositions de régulation, dans la mesure où elles se réclament, au-delà des idéaux politiques particuliers qu'elles invoquent, de ce même principe. C'est en tant qu'elles dérivent de la liberté d'expression – et de la liberté de la presse, conçue comme dérivant de la première – que les fonctions sociales assignées aux médias pourraient alors être justifiées : les responsabilités identifiées par la *Commission sur la Liberté de la Presse* se trouvent interprétées en ce sens par l'un des principaux manuels de l'après-guerre sur le sujet : « la libre expression étant un droit moral, les [opérateurs des médias] ont l'obligation de s'assurer que tous les points de vue significatifs détenus par les citoyens sont représentés dans la presse »³. C'est à un tel argumentaire que l'invocation du libre marché des idées permet de s'opposer, en invoquant, en plus de la protection de la liberté d'entreprendre, le respect de la liberté d'expression de ceux qui seraient pénalisés par des mesures régulatrices.

Les limites posées à la concentration économique des entreprises de presse, les quotas de temps de parole établis en période électorale sur les chaînes audiovisuelles, l'institutionnalisation du principe de la neutralité du net peuvent notamment être défendus en tant que dispositifs destinés à rendre possibles des formes d'expression publique qui se trouveraient autrement étouffées et dont la libre diffusion est requise par le cadre démocratique. Mais ces mêmes dispositifs peuvent être en même temps remis en cause au nom de la liberté d'expression de ceux dont l'action se voit alors contrainte par les autorités publiques, qu'il s'agisse des propriétaires de journaux, des acteurs audiovisuels ou des fournisseurs d'accès à internet. Construire une entreprise médiatique dédiée à la défense

influent de la commission : W. E. Hocking, *Freedom of the Press: A Framework of Principle*, Chicago, University of Chicago Press, 1947.

² The Commission on Freedom of the Press, *A Free and Responsible Press*, chap. 2.

³ F. Siebert, T. Peterson et W. Schramm, *Four Theories of the Press*, Chicago, University of Illinois Press, (1956) 1973, p. 101.

d'une idéologie politique ou religieuse, exclure de l'antenne que l'on anime des positions politiques jugées trop extrêmes ou dangereuses, donner la priorité de passage sur internet à des flux dont on juge qu'ils sont d'une plus grande valeur sociale revient en effet aussi en un sens à exercer son droit la libre expression, en participant à la production et à la diffusion publique d'opinions. De manière générale, toute régulation visant à promouvoir la liberté d'expression de certains individus qui n'ont pas accès aux principaux moyens de diffusion publique menace de réduire la liberté d'expression d'autres individus qui y ont déjà accès mais pourraient par là voir cet accès réduit ou aboli.

Notons que les conclusions antagonistes ainsi dérivées du principe juridique de la liberté d'expression ne sont pas directement corroborées ou réfutées par son élucidation. Certes, la liberté d'expression ne peut pas consister, pour un individu, dans le fait d'être en mesure d'accomplir *sans subir aucune interférence* un acte expressif de son choix (profération d'un discours ou rédaction d'un texte, mais aussi geste, chant, danse ou même silence maintenu). *Certaines* interférences ne doivent pas être conçues comme restreignant la liberté de s'exprimer, car elles ne constituent pas des contraintes arbitraires qui entravent sans (bonne) raison l'action expressive, mais plutôt un ensemble de conditions nécessaires à l'exercice des libertés individuelles et notamment de la liberté de s'exprimer. (Une compréhension de la liberté comme non domination⁴ permet d'ajouter qu'il importe en outre que nul ne détienne le *pouvoir* d'interférer de manière arbitraire avec mes actes expressifs : pour pouvoir s'exprimer librement, il faut savoir que l'on n'est pas *susceptible* d'être entravé de manière arbitraire). Les formulations juridiques canoniques de la liberté d'expression indiquent d'ailleurs que certaines restrictions pesant sur l'expression ne sont pas incompatibles avec ce principe⁵. L'histoire de son application dans différents contextes montre assez qu'une multitude de restrictions ont pu être jugées conciliables avec lui et l'examen des traditions juridiques lui réservant une place de choix

⁴ P. Pettit, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris, Gallimard, (1997) 2004, I, chapitre 2.

⁵ L'article XI de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, qui affirme que la « libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme », souligne également que le citoyen est libre de parler, écrire ou imprimer librement *sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Le premier amendement de la *Déclaration des droits* américaine de 1791, qui limite le pouvoir législatif fédéral en déclarant que le « Congrès ne fera aucune loi qui [...] restreigne la liberté de parole ou de la presse », ne formule aucune interdiction analogue concernant l'action des États eux-mêmes. L'article 10 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* de 1950 pose que « toute personne a droit à la liberté d'expression », mais l'article suivant précise aussitôt que l'exercice de ce droit « comportant des devoirs et des responsabilités, peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi ».

révèle la variété des motifs – sédition et diffamation, discrimination et obscénité, pornographie et négationnisme – invoqués à ce propos. Toutefois, même si l'on considère que la liberté d'expression consiste plutôt pour un individu à se trouver dans une situation où nul n'a le pouvoir d'interférer *de manière arbitraire* avec l'accomplissement des actes expressifs de son choix, il reste à définir ce qui constitue ou non une interférence arbitraire. C'est là la principale préoccupation des philosophes du droit s'attachant à l'étude de la liberté d'expression. Les interventions régulatrices ne correspondent de ce point de vue qu'à un cas particulier, que l'examen du marché des idées permet toutefois d'aborder de façon spécifique.

La capacité du modèle du libre marché des idées à saper le fondement même des justifications de la régulation des médias explique qu'il ait fait l'objet, parallèlement aux débats proprement juridiques qu'il a suscité, de critiques philosophiques récurrentes. Les philosophes du droit défendant des projets régulateurs ambitieux ont en particulier souvent proposé de substituer à la compréhension « instrumentale » de la libre expression qu'il véhicule une compréhension non-instrumentale, faisant du droit individuel à s'exprimer librement un droit absolu de l'individu humain, fondé exclusivement sur des considérations de principe. La convergence entre l'effort de justification des projets régulateurs et la dénonciation des présupposés conséquentialistes, et tout particulièrement utilitaristes, d'une telle conception de la liberté d'expression se retrouvent ainsi chez C. Edwin Baker⁶, Jean-Marc Ferry⁷ ou encore Slavko Splichal⁸, au-delà des différences profondes séparant leurs perspectives théoriques et les contextes institutionnels dans lesquelles elles s'inscrivent. L'ancrage des conceptions réformatrices de la communication médiatisée dans une conception de la liberté d'expression comme droit absolu ne constitue pourtant pas un geste théorique évident : il substitue certes au libre marché des idées un autre fondement pour le droit de la communication, mais ce fondement paraît à première vue tout aussi hostile aux interventions régulatrices dans la communication publique, qui ne peuvent promouvoir la liberté d'expression des uns qu'en restreignant celle des autres. La critique usuelle du libre marché des idées paraît ainsi insuffisante pour fonder les mesures régulatrices que suscitent maints idéaux politiques contemporains.

L'analyse du modèle du libre marché des idées permet d'éclairer le problème que suscitent les implications apparemment contradictoires du

⁶ C. E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

⁷ J.-M. Ferry, *La question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000.

⁸ S. Splichal, *Principles of Publicity and Press Freedom*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002.

principe de la liberté d'expression en matière de régulation de la communication publique. En examinant le contenu de ce modèle (I) et en éprouvant les principales critiques qui lui ont été adressées, en particulier par Baker (II), il apparaît qu'il doit être récusé mais que son dépassement ne suppose pas nécessairement de promouvoir une conception « absolutiste » de la liberté d'expression comme celle que propose Baker (III). Le principal défaut de ce modèle, partagé en réalité par de nombreuses théories interventionnistes, ne tient pas à la conception de la liberté d'expression qu'il présuppose, mais à ce qu'il fait reposer l'évaluation des mesures régulatrices sur ce seul principe de la liberté d'expression individuelle, qui constitue en l'occurrence un fondement inadapté (IV).

I. Le libre marché des idées

En 1919, la Cour suprême des États-Unis juge dans l'affaire *Abrams vs. United States*⁹ que la condamnation de militants coupables d'avoir diffusé des pamphlets pro-soviétiques pendant la première guerre mondiale ne viole pas le premier amendement de la Constitution américaine. Dans un avis dissident devenu plus célèbre que la décision elle-même, le juge Oliver Wendell Holmes émet un avis contraire : Abrams et les autres accusés avaient, écrit-il, tout autant le droit de diffuser ces pamphlets que le gouvernement de distribuer des exemplaires de la Constitution américaine. Son raisonnement ne s'appuie pas sur un refus de toute restriction de l'expression publique mais sur le recours à une définition exigeante des critères justifiant de telles restrictions : la publication de pamphlets pro-soviétiques sur le territoire des États-Unis en 1917 n'en fait pas partie, car elle ne constitue pas un danger manifeste et immédiat (*clear and present danger*)¹⁰. Holmes évoque alors en passant ce qui justifie la présomption générale de priorité accordée à la protection de la liberté d'expression.

« [L]orsque les hommes auront compris que le temps a renversé bien des fois combattantes, ils en arriveront peut-être à croire, plus encore qu'ils ne croient aux fondements de leur propre conduite, que le bien ultime désiré est plus facilement atteint par le libre commerce des idées – que la meilleure épreuve de la vérité est le pouvoir qu'a la pensée de se faire

⁹ *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

¹⁰ Ce critère avait été formulé par Holmes lui-même, quelques mois plus tôt dans *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) : « The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that the United States Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree ».

accepter dans la compétition du marché, et que la vérité est le seul terrain sur lequel leurs souhaits peuvent être réalisés en sécurité »¹¹.

C'est du moins là, poursuit Holmes, la « théorie » de la Constitution américaine, qui donne son sens au premier amendement. Moins qu'une théorie ou un modèle, c'est toutefois une simple métaphore que propose Holmes : il est préférable que les idées, *comme les marchandises*, s'échangent librement. Toujours réticent à invalider un acte législatif en invoquant un droit individuel, et généralement méfiant à l'égard des principes absolus, Holmes avait besoin de justifier sa position dans l'affaire *Abrams* en expliquant pourquoi la société elle-même avait intérêt à protéger ainsi la libre expression (et non en prétendant que la condamnation d'*Abrams* violait un droit inaliénable). Son raisonnement n'apparaît pas tant motivé par l'idée que la compétition constituerait un mécanisme infaillible permettant à coup sûr, ou même simplement le plus souvent, d'identifier les opinions vraies, que par le désir de mettre en garde contre la violence à laquelle conduit fatalement la volonté de faire taire les opinions adverses. Profondément marqué par l'expérience de la guerre civile américaine, convaincu que la certitude et l'adhésion absolue à des idéaux abstraits ne conduisent qu'à la destruction, Holmes formule un argument prudentiel : pour éviter que l'affrontement des croyances ne menace la paix et la sécurité, il convient d'abandonner entièrement à la libre compétition la tâche de trancher entre elles, et de n'interdire l'expression d'aucune opinion sur la base de sa fausseté présumée¹². Le choix de l'analogie du marché, peut-être aiguillé par la conscience ironique du contrepied que représentait cette défense de militants pro-soviétiques au nom de la libre compétition, ne fonde toutefois pas chez Holmes une théorie complète de la liberté d'expression ou de la discussion publique.

Pourtant le libre marché des idées est devenu, au fil de ses reprises dans la jurisprudence et les polémiques sur la liberté d'expression et le droit des médias, un modèle juridique et politique autonome, largement émancipé de la pensée de Holmes à laquelle il reste toutefois associé. Cette élévation d'une formule au rang de modèle théorique – au contenu, il est vrai, souvent

¹¹ *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919) : « [W]hen 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 ».

¹² Sur ce point et sur la place de la vérité et du conflit dans la pensée de Holmes, voir notamment L. Menand, *The Metaphysical Club. A story of Ideas in America*, New York, Farrar Straus Giroux, 2001, p. 61-69 et p. 428-431.

imprécis – a notamment reposé sur son intégration à une tradition philosophique ancienne. À en croire nombre de commentateurs¹³, l'idée du libre marché des idées se trouverait déjà dans le raisonnement proposé par John Stuart Mill en faveur de la liberté de discussion dans *De la liberté*¹⁴ en 1859, et même dans la vigoureuse défense de la liberté d'imprimer formulée par John Milton dans son *Areopagitica* en 1644. Ces deux héritages sont toutefois largement contestables. C'est d'ailleurs une autre métaphore qui domine sous la plume de Milton : celle de la guerre, et non de la concurrence économique – celle, précisément, que Holmes cherchait à éviter. Réagissant au *Licensing Order* de 1643, instaurant un système d'autorisations préalables pour les œuvres imprimées, Milton affirme ainsi que ce système de l'*imprimatur*, qui condamne l'homme de lettres à la minorité en le plaçant sous la tutelle d'un censeur dont il doit obtenir une autorisation de publication, est non seulement néfaste, mais également inutile pour ce qui est de protéger la vérité contre l'influence corruptrice des fausses croyances.

« Et quand même tous les vents de la doctrine auraient libre cours sur la Terre, si la vérité est en lice, c'est lui faire injure que douter de sa force, en mettant en place censure et interdiction. Que la Fausseté s'empoigne avec elle ; qui a jamais vu que la Vérité ait le désavantage dans une rencontre libre et ouverte ? »¹⁵.

De la figure de la joute libre à celle du libre commerce, l'analogie change manifestement de sens. La formule de Milton, insérée dans un plaidoyer accumulant les griefs à l'encontre de la censure *ex ante*¹⁶, affirme certes que lorsqu'une opinion vraie et une opinion fausse se heurtent en public de manière *libre et ouverte*, sans que ni l'une ni l'autre ne se voie censurée ou restreinte dans son expression, l'opinion vraie se révèle comme telle publiquement car sa *force* est plus grande. Mais ce postulat optimiste

¹³ Voir par exemple F. Siebert et al., *Four Theories of the Press*, chap. 2 ; R. Schmuhl et R. G. Picard, « The Marketplace of Ideas », in G. Overholster et K. Jamieson (dir.), *The Press*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 141-155.

¹⁴ J. S. Mill, *De la liberté*, Paris, trad. L. Lenglet & C. Dupont White, Paris, Gallimard, (1859) 1990.

¹⁵ J. Milton, *Pour la liberté d'imprimer sans autorisation ni censure*, trad. G. Villeneuve, Paris, Flammarion, (1644) 2009, p. 135.

¹⁶ La critique miltonienne de la censure ne s'étend pas à la censure *ex post* (c'est-à-dire à la sanction de certains écrits après leur publication) ni à l'interdiction des écrits relevant d'autres religions que le protestantisme : « il est assurément plus sain, plus sage et plus chrétien que la tolérance s'exerce largement, plutôt qu'une obligation générale. Je ne parle pas de tolérer le papisme ni la superstition manifeste, [qui] abolissent toutes les relations et tout pouvoir civil [...] » (*Ibid.*, p. 138). Ce qui doit être toléré, ce sont seulement « les différences indifférentes » (*Ibid.*, p. 139).

s'inscrit dans le cadre théologique d'une quête pour reconstituer l'unité d'une vérité qui fut « éparpillée » dans le monde au moment de la Chute. Il ne repose ni sur l'idée de libres transactions individuelles, ni sur celle d'un équilibre général produit par les actes individuels eux-mêmes ou par leur agrégation.

Le modèle du « libre marché des idées » a un sens différent, du moins si l'on prend la métaphore à la lettre, et si l'on entreprend de l'explicitier, au prix d'un simple raisonnement par analogie¹⁷. Il affirme que la mise en œuvre d'une politique de laissez-faire, fondée sur la seule protection de la liberté d'expression, à l'égard d'actions expressives individuelles non coordonnées (prenant la forme de discours librement tenus par les individus) conduira, par le jeu de la concurrence, à un résultat optimal pour tous : l'identification des opinions vraies. Le postulat ne porte plus sur l'issue de chaque rencontre entre le vrai et le faux mais sur le résultat global produit par l'agrégation d'un grand nombre d'entre elles. La multiplicité des échanges individuels – des « expériences » pour reprendre l'un des termes favoris de Holmes – aurait tendance à produire un résultat collectivement désirable : la sélection des opinions les plus justes. Prendre au sérieux l'idée qu'un libre marché des idées constitue, d'un point de vue épistémique et non seulement prudentiel, le meilleur instrument collectif pour identifier la vérité, demande de supposer qu'un mécanisme analogue à la « main invisible » évoquée par Adam Smith ajuste les actes expressifs les uns aux autres de sorte qu'un équilibre adéquat – l'adhésion au moins majoritaire aux opinions vraies – émerge¹⁸.

L'attrait du modèle du libre marché des idées s'explique aisément. Dans la lignée de la tradition libérale qui émerge aux XVIIe et XVIIIe siècles, il s'oppose à la censure étatique, en affirmant que le souci de la vérité si souvent invoqué par les interventions autoritaires en matière d'expression publique ne s'oppose pas en réalité au droit individuel à la libre expression, *mais le fonde au contraire*. Si la vérité constitue un bien pour tous les hommes, car elle constitue à tout le moins une condition nécessaire à la réalisation de leurs fins ultimes, et que la libre compétition entre idées concurrentes est le meilleur moyen de la découvrir, alors il faut rejeter les interférences étatiques dans la communication publique, ou du

¹⁷ C'est ainsi que c'est développé dans la jurisprudence l'interprétation du modèle. Le juge Brennan écrit ainsi, en 1965, à propos du droit d'accès aux publications : « The dissemination of ideas can accomplish nothing if otherwise willing addressees are not free to receive and consider them. It would be a barren marketplace of ideas that had only sellers and no buyers » (*Lamont v. Postmaster General*, 381 US 301 (1965)).

¹⁸ Voir par exemple L. C. Bollinger, *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York, Oxford University Press, 1986, p. 59.

moins celles d'entre elles qui se fondent sur la validité ou l'invalidité supposées des opinions communiquées. L'invocation de ce modèle a d'ailleurs servi des avancées indéniables du point de vue de la protection de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. C'est en s'appuyant sur les formulations complémentaires de cette lecture du premier amendement, selon laquelle il « a été conçu pour garantir un échange sans entrave d'idées »¹⁹ et exprime la confiance « dans le pouvoir de la raison telle qu'elle s'exerce par le débat public »²⁰, que la Cour suprême a pu par exemple juger que le premier amendement protège le journaliste publiant des affirmations fausses à propos de personnalités publiques (à moins qu'il ne les ait formulées en étant conscient de leur fausseté avérée ou indifférent à leur fausseté possible) : une protection suffisante contre les plaintes pour diffamation est requise pour assurer la vitalité du libre échange des idées²¹.

Le modèle du libre marché des idées a toutefois également nourri, bien au-delà de la seule sphère du droit, des conceptions influentes, quoique défailtantes, de la communication publique. Si l'on retrouve rarement l'assurance exprimée par la métaphore guerrière de Milton, les discours scientifiques et profanes sur le débat public expriment fréquemment un optimisme étonnant quant à la possibilité de voir la discussion publique sélectionner *spontanément* les opinions les plus justes, les plus informées ou les plus cohérentes. Évaluant la qualité des débats médiatiques suscités aux États-Unis par divers événements dans les années 1990, le politologue Benjamin Page écrit par exemple que « les libéraux classiques comme John Stuart Mill et Oliver Wendell Holmes ont peut-être raison : le marché des idées, effectivement, fonctionne raisonnablement bien, la plupart du temps, tant qu'il y a assez de compétition et de diversité dans le système informationnel »²². C'est bien le mécanisme de la concurrence qui explique à ses yeux ce phénomène : « la compétition est une force puissante ; les idées vraies et utiles, une fois qu'elles ont été énoncées quelque part, ont tendance à se diffuser, bon gré mal gré, partout »²³. Le présupposé selon lequel la présence, même minoritaire, d'opinions diverses dans le « système » médiatique est tout ce qui est requis lui permet dès lors de

¹⁹ « [...] was fashioned to assure unfettered interchange of ideas [...] », *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

²⁰ « [...] the power of reason as applied through public discussion [...] », *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

²¹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

²² B. Page, *Who Deliberates? Mass Media in Modern Democracy*, Chicago, Chicago University Press, 1996, p. 123-124. Page affirme également dans son introduction l'efficacité du libre marché des idées : il suffirait qu'une opinion vraie soit présente *quelque part* dans le système médiatique pour qu'il soit raisonnable d'espérer qu'elle puisse se propager et que sa justesse soit à terme reconnue (p. 7-11).

²³ *Ibid.*, p. 124.

dresser un bilan globalement positif des débats étudiés. Les preuves empiriques et les arguments théoriques susceptibles de valider un tel modèle font pourtant largement défaut, au point qu'il est difficile de saisir ce qui peut motiver une adhésion réfléchie au modèle du marché des idées, hormis l'affection coupable pour l'analogie commerciale ou le seul désir de croire en la convergence de la libre expression individuelle et de la poursuite collective de la vérité.

II. Critiques du libre marché des idées

Deux critiques du modèle du libre marché des idées doivent être distinguées.

La première prend au sérieux l'idée que les opinions puissent s'échanger comme des biens sur un marché, mais pointe les dysfonctionnements propres à ce marché particulier ; elle justifie ainsi des interventions étatiques *limitées* visant à restaurer le fonctionnement optimal de ce marché. Comme le souligne l'économiste Ronald Coase, dès lors que l'on accepte le principe d'une régulation correctrice pour le marché des biens, il faut également l'accepter pour le marché des idées, du moins si l'analogie dressée entre l'un et l'autre est valide²⁴. L'élaboration d'un modèle *réformé* du marché des idées exige d'identifier les facteurs qui vont à l'encontre des prémisses du modèle : le phénomène de concentration des entreprises médiatiques et l'apparition d'oligopoles stables, l'existence d'inégalités fortes dans l'accès aux médias et le coût d'entrée élevé sur le marché médiatique, etc. Une telle approche reconnaît que la censure étatique n'est pas la seule menace : il faut également craindre les dérives liées au pouvoir des entreprises et des acteurs médiatiques.

Une seconde critique, plus radicale, remet en cause l'idée même d'un *marché* des idées : elle conteste en particulier, contrairement à la précédente, la présupposition selon laquelle pourrait exister, dans le domaine de la communication publique, un mécanisme auto-correcteur – même imparfait – analogue à celui qui est supposé exister sur le marché des biens de la théorie économique néo-classique sous des conditions idéales de concurrence pure et parfaite. Non seulement les conditions d'un marché libre ne sont pas réunies, mais rien ne garantit, comme Milton l'affirmait, que la Vérité émerge toujours victorieuse de la confrontation libre et ouverte avec le Faux.

²⁴ R. H. Coase, « The Economics of the First Amendment : The Market for Goods and the Market for Ideas », in *American Economic Review*, 64, 1974, p. 384-391.

C. Edwin Baker offre dans son ouvrage *Human Liberty and Freedom of Speech* l'une des formulations les plus systématiques de cette seconde critique²⁵. Pour que soit valable le raisonnement selon lequel la plupart des restrictions de la liberté d'expression sont injustifiées *car* le libre échange des idées est le meilleur moyen de faire émerger la vérité, il faut, juge Baker, que trois prémisses soient établies :

- i) la vérité est une réalité objective qui peut être découverte ;
- ii) les individus sont assez rationnels pour être à même de reconnaître, sous des conditions d'ouverture et de liberté, la vérité ;
- iii) la découverte de la vérité est toujours désirable.

C'est dans le plaidoyer millien en faveur de la liberté de pensée et de discussion, dans *De la liberté*, que l'on trouverait, selon Baker, la formulation la plus nette de ces prémisses, qui doivent toutes trois être réfutées.

Premièrement, les révisions pragmatistes, contextualistes ou constructivistes de la vérité ont dénié notre compréhension du vrai, notamment dans le domaine pratique, où il n'est pas évident qu'il y ait toujours, face à une question donnée, une réponse vraie unique. La vérité se construit en situation, affirme Baker. Sans être purement relative, ou illusoire, elle n'est pas un donné préexistant et objectif qui attendrait d'être découvert : « les individus ne peuvent pas utiliser leur raison pour découvrir une réalité fixe, car il n'existe pas de réalité fixe qui soit à découvrir »²⁶.

Deuxièmement, les sciences humaines et sociales ont mis à bas l'illusion selon laquelle les individus pourraient raisonner efficacement et de la même manière sur un objet donné, quels que soient leurs positions sociales ou leurs intérêts. La sociologie de la connaissance nous apprend que les variations de position au sein d'une structure sociale conduisent les individus à faire des expériences et à avoir des convictions variées – différences que la communication publique ne peut pas aplanir pour produire un accord sur le vrai. La psychologie et les sciences du comportement, de même que les sciences sociales de la communication, nous ont mis en garde contre les biais cognitifs multiples qui régissent la réflexion individuelle, telles la tendance à la confirmation des opinions préalables ou l'attention sélective : il n'y a guère de raisons de placer ses

²⁵ C. E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, en particulier chap. 1 et 2.

²⁶ *Ibid.*, p. 14.

espoirs dans le pouvoir de « la raison exercée dans un marché métaphorique des idées »²⁷.

Une version plus modeste des deux premières prémisses est certes envisageable²⁸. Selon cette version, même si la vérité n'est pas une réalité objective préexistante qu'il suffirait de découvrir, et même si un degré élevé d'irrationalité est manifesté tant par les jugements individuels que par les communications collectives, le libre échange des idées apparaît encore comme *le moins inefficace* des moyens disponibles pour se prémunir contre l'erreur. Ce n'est plus l'efficacité épistémique propre du marché qui est alors mis en avant, ni le raisonnement prudentiel soulignant les risques de conflit et de violence associés à toute forme de censure, mais une justification qui est à la fois prudentielle et épistémique : à défaut de pouvoir atteindre le résultat épistémique visé, et de pouvoir présupposer qu'il est déjà fixé, il convient de n'écarter aucune opinion qui puisse se révéler plus tard utile pour le déterminer.

Il est remarquable que la version modeste de ces prémisses soit en réalité bien plus proche de la conception développée par Mill que ne l'est la version originelle, dont Baker lui attribue à tort la paternité²⁹. Tout d'abord, il n'est pas sûr que Mill adhère à la conception « objective » de la vérité que dénonce Baker, et dont la nature exacte est au demeurant peu claire. La critique de ce dernier vise, semble-t-il, avant tout l'idée que la vérité en matière politique et morale serait à découvrir, déjà formulée et identifiable, dans l'une des opinions publiquement exprimées ; or Mill se montre prudent à ce sujet, mettant en garde contre la tendance à identifier une croyance donnée au vrai dans son ensemble : « il faut s'élever contre la prétention exclusive d'une partie de la vérité à être la vérité toute entière »³⁰. Ensuite, Mill ne reprend pas plus à son compte la thèse miltonienne de la force supérieure de la vérité qu'il n'anticipe la métaphore du mécanisme auto-correcteur du marché ; il affirme, au contraire, qu'il serait illusoire de prétendre que « l'usage le plus illimité de la liberté d'énoncer toutes les opinions possibles mettrait fin au sectarisme religieux ou philosophique »³¹. Son plaidoyer en faveur de la liberté de pensée et de discussion ne s'enracine ni dans l'idée d'une vérité identifiable avec une entière certitude, ni dans une foi excessive dans le pouvoir de la raison individuelle ou

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Baker vise en particulier ici B. S. Duval, « Free Communication of Ideas and the Quest for Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication », in *George Washington Law Review*, 41/2, 1972, p. 161.

²⁹ Baker évoque ainsi « le modèle dominant, « classique », [du marché des idées] qui a été le mieux décrit par John Stuart Mill » (Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, p. 3)

³⁰ J. S. Mill, *De la liberté*, p. 139.

³¹ *Ibid.*, p. 139-140.

collective, mais bien dans un faillibilisme radical. « Une opinion qu'on réduirait au silence peut très bien être vraie : le nier, c'est affirmer sa propre infailibilité »³². La censure fait courir à ses yeux un double risque : celui de réduire une opinion vraie, ou partiellement vraie, au silence, et celui de faire disparaître, en censurant une opinion fausse, ce qui permet au détenteur d'une opinion vraie de comprendre ce qui fait qu'elle est vraie par le jeu de la discussion contradictoire, et donc de la conserver comme une croyance vivante, plutôt que comme un dogme mort.

Baker rejette toutefois également la version révisée du modèle du libre marché des idées, proche de la conception faillibiliste de Mill, en écartant l'idée que le régime de la libre expression ait toujours des effets préférables au régime de la censure. Du point de vue historique, la validité de cette thèse est douteuse : rien n'indique que la censure ait toujours eu de telles conséquences négatives. Le vérifieur exigerait d'ailleurs de se livrer à une série de comparaisons avec des contrefactuels (en confrontant les conséquences d'une interdiction données à celles qu'aurait pu avoir une non interdiction) et de faire appel à des critères d'évaluation toujours contestables. Du point de vue analytique, la logique du modèle révisé est, selon Baker, incertaine : pourquoi serait-il *toujours* plus prudent de ne pas interdire une opinion que l'on tient pour fausse ? S'il n'est pas de certitude absolue, il y a sans doute des certitudes suffisantes pour justifier que l'on agisse *comme si* elles étaient absolues. La réponse de Mill, selon laquelle une opinion, même vraie, perd sa vitalité et devient un dogme lorsqu'elle n'est plus contestée, est également écartée par Baker, au motif qu'un tel argument peut être convaincant en général et inefficace localement : il justifie que *des* opinions adverses soient exprimées publiquement et viennent contester les opinions dont la vérité *semble* certaine, mais non que *toutes* les croyances adverses soient exprimées et disponibles. *Or* certaines opinions sont dangereuses. C'est le cas de nombreuses opinions fausses. L'interdiction de propos négationnistes niant l'existence de la Shoah, qui formulent une conception certainement erronée de l'histoire, ne serait par exemple pas un obstacle à la poursuite de la vérité, selon l'argument de Baker, et peut avoir des conséquences sociales globalement positives. Mais c'est également le cas de bien des opinions vraies : contrairement à ce qu'affirme la troisième prémisse du modèle du libre marché des idées, maintenue par sa version révisée, la vérité n'est pas toujours souhaitable *localement*.

La réfutation de Baker est toutefois ici d'une portée limitée : elle déplace la discussion de la question des mécanismes épistémiques assurant

³² *Ibid.*, p. 140.

l'émergence d'opinions justes vers celle des dommages causés par les opinions, *qu'elles soient vraies ou fausses*. Or même la conception millienne de la liberté d'expression ne prétend pas protéger les actes expressifs qui font du tort à autrui. Si certains jugent légitimes d'interdire l'expression publique de propos négationnistes, comme le fait le droit français depuis la loi du 13 juillet 1990 (qui qualifie de délit la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité), ce n'est pas seulement parce qu'ils sont historiquement faux, mais parce qu'ils sont jugés dangereux ou offensants. Accepter un tel motif d'interdiction ne revient pas à supprimer la justification faillibiliste de la liberté d'expression.

III. La théorie de la liberté

Que retenir de la critique adressée par Baker au modèle du libre marché des idées ? Même dans sa version réformée qui tient compte des échecs et pathologies du marché et admet des mesures correctrices destinées à rétablir son bon fonctionnement, ce modèle est, juge Baker, « non opératoire, dangereux et incompatible avec une interprétation raisonnable de la finalité du premier amendement » et de la liberté d'expression en général³³.

Il est difficile de ne pas s'accorder avec lui sur ce point. Le problème n'est pas seulement *l'imperfection* du marché des idées, mais l'idée même qu'il puisse s'agir d'un marché. Rien dans la description de ce modèle ne permet de saisir, au-delà de l'improbable analogie avec le marché de la théorie néoclassique, comment la libre circulation d'idées pourrait produire par elle-même l'élimination des opinions fausses et la sélection des vraies. Les deux premières prémisses du modèle, si elles mériteraient une discussion plus fine que la critique massive émise par Baker, ne vont pas sans difficultés. Même en admettant que le type de vérité qui est poursuivi dans les discussions publiques peut être, à certaines conditions, reconnu comme tel, et en supposant que les capacités rationnelles des individus sont telles que son identification n'est pas absolument hors de leur portée sous ces conditions, il reste à expliquer comment les échanges discursifs libres peuvent faire apparaître *spontanément* de telles conditions. L'un des principaux acquis des travaux empiriques récents effectués dans la mouvance de la « démocratie délibérative »³⁴, à la suite de recherches déjà anciennes en psychologie sociale notamment, est d'avoir mis à jours les

³³ C. E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, p. 3.

³⁴ C. Girard et A. Le Goff (dir.), *La démocratie délibérative. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2010.

nombreux biais susceptibles d’orienter de manière mécanique l’évolution des opinions dans une discussion de groupe, et qui tiennent tant à la distribution du fonds commun d’arguments et à la prééminence de certaines opinions préalables qu’aux caractéristiques sociales des participants³⁵. Un échange discursif non régulé n’a que peu de chances de satisfaire des conditions épistémiques raisonnables, de quelque façon que l’on les définisse. L’analogie entre libre commerce et libre expression ne saurait justifier le projet d’imposer une politique de laissez-faire en matière d’expression publique, et le rejet de toutes mesures régulatrices.

Il est par contre douteux que l’effort de Baker pour réfuter la justification millienne du principe de la liberté d’expression, peu convaincant, soit utile ou nécessaire à la dénonciation du libre marché des idées. Les objections qu’il oppose au raisonnement de Mill selon lequel, parce que la vérité est désirable et la raison humaine faillible, la censure est toujours néfaste, mêlent indistinctement des considérations sur la dangerosité et sur la validité des propos exprimés, sortant ainsi du cadre fixé par ce raisonnement, qui ne prétend pas défendre les actes expressifs susceptibles de causer du tort à autrui. Mais surtout, la thèse visée a de toute façon une portée plus étroite que le modèle du marché des idées : alors que le second s’oppose à toute forme d’intervention dans le libre échange des idées susceptible d’affecter les termes de la compétition, la première affirme seulement qu’il n’est pas justifié de censurer une opinion au nom de sa fausseté supposée. Les limites légales fixées à la concentration économique des entreprises de presse, l’établissement de quotas de temps de parole ou l’institutionnalisation du principe de la neutralité du net sont incompatibles avec le libre marché des idées (elles sont peut-être compatibles avec la version réformée du modèle qui admet des interventions correctrices, mais il faudrait pour le savoir parvenir à discriminer entre corrections nécessaires et interférences arbitraires) ; mais elles ne sont ni exclues ni justifiées par la conception millienne de la liberté d’expression.

Le caractère infondé du lien suggéré par Baker entre la faillite du libre marché des idées et le caractère conséquentialiste de la justification millienne de la liberté d’expression apparaît de façon plus nette encore si l’on considère la justification alternative qu’il met en avant. Écartant également les défenses de la liberté d’expression qui en font une pré-condition de l’ordre démocratique³⁶ (au motif notamment qu’elles peinent à

³⁵ Sur les phénomènes de la polarisation de groupes et des cascades informationnelles, voir en particulier C. Sunstein, « Y a-t-il un risque à délibérer ? Comment les groupes se radicalisent », in C. Girard et A. Le Goff (dir.), *La démocratie délibérative*, p. 381-440.

³⁶ Voir par exemple Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, Harper and Brothers, 1948 ; Joshua Cohen, « Délibération et

discriminer de manière non arbitraire entre discours politiquement pertinents et insignifiants), Baker formule une théorie de la liberté (*liberty theory*). Selon cette théorie, qui doit fonder la liberté d'expression (*freedom of speech*), l'existence même d'un système de droits fondant des relations d'obligations et des revendications interindividuelles présuppose la reconnaissance de l'autonomie individuelle, qui est la valeur centrale autour de laquelle nos régimes juridiques se sont historiquement construits. Émettre une revendication particulière à l'égard d'autrui, c'est ainsi déjà le traiter comme autonome, c'est-à-dire comme capable d'accepter ou de rejeter cette revendication. Or la capacité à se réaliser soi-même, d'une part, et la capacité à participer à la transformation de l'état social, d'autre part, sont des éléments constitutifs de cette autonomie. La première exige que soit délimité et protégé un espace de liberté individuelle au sein duquel l'individu puisse s'exprimer comme il l'entend ; la seconde demande que soient identifiées et protégées les activités sociales requises par le changement social, en particulier les activités expressives. Prises ensemble, ces exigences expriment l'idée d'une « liberté orientée vers la réalisation de soi et l'auto-détermination »³⁷ ; c'est elle qui fonde la liberté d'expression, comme droit fondamental de l'individu, et justifie une conception « absolutiste »³⁸ de cette liberté. C'est à ce titre que la liberté d'expression « protège un vaste domaine d'activités expressives non-violentes et non-coercitives »³⁹.

Le lien instauré par Baker entre la critique du libre marché des idées et cette défense de la liberté d'expression comme droit absolu est étonnant. Tout d'abord, la seconde n'est pas véritablement étayée par la première, car la réfutation du modèle inspiré par Holmes ne condamne pas toute tentative pour justifier la liberté d'expression en tant qu'un instrument servant des fins sociales. La posture théorique de Baker s'appuie bien plutôt sur l'affirmation selon laquelle la « protection de la liberté d'expression en tant que manifestation de ces (deux) valeurs [de réalisation de soi et d'auto-détermination] est, et a été, notre engagement historique »⁴⁰. Mais la théorie avancée par Baker paraît en outre aller à contre-sens du projet régulateur qu'il défend également et qui motive en partie sa critique du libre marché des idées. Affirmant ailleurs la nécessité de réguler les discours commerciaux et publicitaires et de restreindre drastiquement les moyens de

légitimité démocratique » (1989), in C. Girard et A. Le Goff (dir.), *La démocratie délibérative*, p. 203-241.

³⁷ C. E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, p. 48.

³⁸ *Ibid.*, p. 124.

³⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 48.

la concentration économique⁴¹, Baker développe, dans *Human Liberty and Freedom of Speech*, une conception ambitieuse de la liberté de la presse, qui affirme tout à la fois le besoin d'accorder aux organes d'information une liberté d'expression plus importante que celle dont bénéficient les entreprises commerciales, et la légitimité d'une régulation étatique structurelle étendue. Or cette défense de la liberté de la presse ne peut guère s'appuyer sur la « théorie de la liberté ». En présentant les actes couverts par la liberté d'expression comme des formes d'expression individuelle dirigées vers la réalisation de soi plutôt que comme des actes de communication destinés à transmettre des messages, cette théorie se prive d'un fondement souvent évoqué par les partisans de la régulation des médias : le droit individuel à l'accès aux informations et opinions disponibles au sein de la société. Elle ne peut s'appuyer que sur le droit individuel à s'exprimer.

« L'auditeur, comme l'orateur, recourt à l'expression à des fins de réalisation de soi ou de promotion du changement. Ces usages constituent le fondement du droit constitutionnel de l'auditeur [comme de l'orateur]. Mais l'auditeur n'a pas un droit général à des ressources sociales informationnelles [...]. L'auditeur ne peut pas exiger que parle celui qui ne le veut pas [...]. Reconnaître à l'auditeur un droit à recevoir des informations améliorerait la valeur de la liberté de l'auditeur, mais de la même manière que le ferait n'importe quelle allocation de ressources dont il pourrait bénéficier – le premier amendement ne rend pas obligatoire de telles allocations »⁴².

Dès lors, la légitimité des dispositifs régulateurs que Baker associe à la protection de la liberté de la presse doit trouver son fondement ailleurs, à savoir dans un raisonnement instrumental, qui invoque l'utilité politique propre du « quatrième pouvoir », le rôle de contre-pouvoir joué par les journalistes. Quoiqu'il affirme, sans plus de précision, que sa conception générale de la liberté d'expression et sa théorie de la liberté de la presse justifiant des mesures régulatrices sont « congruentes »⁴³, la tension est frappante. C'est en tant que modèle général prétendant justifier le principe de la liberté d'expression que Baker dénonce la théorie du marché des idées, usuellement invoquée contre les projets de régulation de la communication publique ; mais cette dénonciation l'amène à proposer une théorie de la

⁴¹ Voir notamment C.E. Baker, *Advertising and a Democratic Press*, Princeton, Princeton University Press, 1994 ; *Media, Markets and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ; *Media concentration and Democracy. Why Ownership Matters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁴² C. E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, p. 67.

⁴³ *Ibid.*, p. 4.

liberté d'expression qui ne permet pas de penser les fondements de tels projets, qu'il s'efforce néanmoins de légitimer par l'introduction de considérations indépendantes (et à nouveau instrumentales) portant sur les effets politiques bénéfiques d'une presse indépendante⁴⁴. L'utilité d'une institution agissant à l'égard des gouvernants comme un « chien de garde » soucieux des intérêts du public constitue par ailleurs une base insuffisante pour fonder la plupart des projets régulateurs prétendant organiser la bonne marche du débat public ; pour reprendre les exemples déjà mentionnés, l'obligation de protéger les journalistes contre les pressions extérieures ne nous dit pas grand chose à ce qu'il convient de faire en matière de concentration des entreprises médiatiques, de quotas de temps de parole ou de neutralité du net. La justification offerte par Baker pour de telles interventions s'expose ainsi paradoxalement aux critiques habituellement formulées par les autres partisans de la régulation des médias. Jean-Marc Ferry suggère par exemple que c'est la confusion entre la liberté individuelle d'expression des journalistes, à laquelle est souvent réduite la liberté de la presse, et la liberté de communication *en général* qui constitue le principal obstacle à la réforme des grands médias : les fondements d'un droit de la communication « ne se réduisent pas à ceux de la liberté de la presse. Dès le départ, celle-ci fut conçue comme une liberté individuelle et subjective. Mais le droit de la communication doit s'enraciner dans la conception d'une liberté à la fois communautaire et publique »⁴⁵. Slavko Splichal juge quant à lui que les déficiences chroniques de la communication politique médiatisée s'expliquent par la trop grande part faite, dans l'interprétation de l'idée de publicité, à la liberté des entreprises de presse, défendue au nom du besoin d'un système de défiance institutionnalisé. Elle se fait au détriment d'une conception du droit personnel à la communication dérivée de l'idéal de l'usage public de la raison⁴⁶. Sans examiner ici ces positions, il convient de retenir que la théorie de la liberté ne permet pas plus que le modèle du marché des idées de déterminer quelles formes d'interventions étatiques dans la communication publique sont légitimes ou arbitraires. Le choix entre des modes divers de

⁴⁴ Il n'est donc pas surprenant que Baker ne s'appuie plus sur sa théorie de la liberté lorsqu'il défend dans d'autres ouvrages la légitimité d'une régulation des médias destinée à assurer le déroulement adéquat du débat public. Voir Baker, *Media, Markets and Democracy*, en particulier II, 9.

⁴⁵ J.-M. Ferry, *La question de l'État européen*, p. 241.

⁴⁶ S. Splichal, *Principles of Publicity and Press Freedom*, p. xiii. Selon Splichal, le droit de la presse puis des médias s'est construit autour de l'idée de la presse comme contre-pouvoir qu'il faudrait protéger contre l'État, d'inspiration benthamienne, et non de l'idée de la presse comme arène discursive où doivent pouvoir intervenir les citoyens pour délibérer publiquement, d'inspiration kantienne.

justification de la liberté d'expression – conséquentialiste ou déontologique, comme instrument servant une fin collective ou comme droit individuel absolu – ne permet pas de trancher la question de la régulation des médias.

IV. Conclusion : fonder la régulation de la communication publique

Si les justifications concurrentes du principe de la liberté d'expression sont également inaptes à trancher le dilemme suscité par les implications contradictoires de ce principe en matière de régulation, peut-être doit-on renoncer à l'espoir de voir l'analyse des fondements juridiques contribuer à sa résolution. Faut-il reconnaître l'impuissance, de ce point de vue, de la philosophie du droit ? C'était en un sens la conviction d'Oliver Wendell Holmes lui-même, qui avait pris l'habitude d'inviter les autres juges de la Cour suprême à nommer les principes légaux de leur choix, pour leur montrer ensuite qu'il était possible de trancher le cas disputé dans un sens aussi bien que dans l'autre à partir des *mêmes* principes⁴⁷. Persuadé que ce n'est pas la logique mais l'expérience du juge qui est « la vie du droit »⁴⁸, Holmes professait un grand scepticisme à l'égard des principes : « les propositions générales ne décident pas des cas concrets »⁴⁹.

Une conclusion aussi drastique est ici prématurée. Car si la confrontation des justifications de la liberté d'expression ne règle pas le problème de la régulation, c'est qu'il ne s'agit pas d'abord d'un problème de liberté d'expression. Les défenses de la régulation des médias fondées sur une conception particulière de la liberté d'expression et les objections à cette régulation invoquant le libre marché des idées partagent en réalité ce même défaut : elles essaient de fonder le droit de la communication sur le seul principe du droit individuel à la liberté d'expression, et supposent qu'une pleine élucidation de ce dernier, et de ces justifications, permettra de résoudre les dilemmes de la régulation.

Leur erreur est de ne pas tenir compte du fait que l'accès à la parole dans les lieux de diffusion publique maximale constitue un bien rare. Elles le conçoivent comme un bien illimité, auquel il importe seulement de restreindre lorsqu'il menace l'accès d'autres biens. Si la libre expression de l'un peut contrevenir au désir qu'a l'autre de ne pas être exposé à des propos ou des images qu'il désapprouve, parce qu'il les juge par exemple insultants, offensants ou pernicieux, elle ne limite pas la capacité du second à s'exprimer lui aussi. Cette prémisse du bien illimité explique l'attrait de

⁴⁷ L. Menand, *The Metaphysical Club*, p. 340.

⁴⁸ O. W. Holmes, *The Common Law* (1881), in *The Collected Works of Justice Holmes*, Chicago, Chicago University Press, 1994, t. III, p. 115.

⁴⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

l'analogie avec le libre marché : si l'accès illimité à l'expression peut être disponible simultanément pour tous, l'affirmation du droit à la libre expression et la vigilance à l'égard de toute mesure politique susceptible de le restreindre devraient suffire, dans un système juridique où l'égalité des droits est par ailleurs assurée, pour que chacun puisse effectivement s'exprimer librement.

Mais quoique la prémisse du bien illimité soit crédible dans la plupart des situations d'expression ordinaire, elle est manifestement incorrecte dans le cas de la communication bénéficiant d'une diffusion publique maximale : l'accès à l'expression dans les principaux lieux de la communication publique de masse est par nature un bien rare. Cela est vrai dans les médias traditionnels (presse, radio ou télévision) mais également sur internet : l'accès à l'expression dans les lieux les plus consultés n'y est pas ouvert à tous (même si les opportunités d'y accéder peuvent y être souvent plus équitablement réparties). La principale cause de cette rareté n'est pas une contrainte technique mais une limitation cognitive : chaque individu ne pouvant recevoir et intégrer qu'un nombre limité de messages, il est inévitable que les messages parvenant à un très grand nombre de récepteurs soient en nombre limité et émis par un nombre limité d'émetteurs. Le droit individuel à l'expression ne peut donc pas induire un droit à l'expression dans les lieux de la communication publique de masse, car tous ne peuvent pas exercer en même temps un tel droit. L'invocation de la liberté d'expression est certainement pertinente pour ce qui est des actes expressifs ordinaires, médiatisés ou non médiatisés, dans la rue comme sur les réseaux sociaux, mais l'est moins pour penser la communication publique de masse. C'est d'ailleurs parce que la prémisse du bien illimité est erronée que toute intervention régulatrice motivée par le souci de faire valoir le droit de *certain*s à s'exprimer dans les lieux de diffusion publique maximale peut être dénoncée en même temps comme une atteinte au droit qu'ont *d'autres* de s'y exprimer.

Bien que la liberté d'imprimer, la liberté de la presse et enfin le droit des médias se soient historiquement construits dans le prolongement du droit individuel à la libre expression – épaulé du droit à la libre entreprise et des règles qui l'accompagnent – il faut admettre que ce principe ne constitue pas une base suffisante pour penser la communication publique de masse et sa régulation⁵⁰. C'est seulement en niant le fait que tous ne peuvent pas

⁵⁰ Nous n'affirmons pas ici que la défense d'une conception donnée de la liberté d'expression n'a rien à voir avec le choix de fondements particuliers pour le droit des médias, mais seulement que ces derniers ne peuvent pas se réduire à la liberté d'expression. Cass Sunstein, lorsqu'il propose de substituer le modèle de la délibération publique à celui du marché des idées souligne que sa théorie (de même que la lecture du premier

s'exprimer devant tous, sous les conditions contemporaines de communication, que l'on peut affirmer que le libre jeu des actions expressives individuelles permet à lui seul d'assurer l'équité et la qualité épistémique des conversations publiques. Les philosophies du droit de la communication qui prétendent écarter ce modèle pour identifier et justifier des formes non arbitraires de régulation ne pourront y parvenir, quels que soient les idéaux politiques qui les guident, qu'en renonçant également à l'idée que le droit individuel à s'exprimer librement y suffit.

amendement qui en découle), qui se réclame de Madison, est compatible avec des conceptions très différentes de la liberté d'expression. Son œcuménisme, qui ne s'arrête pas à la question de la fondation, paraît pourtant excessif : « la conception madisonienne [...] peut être renforcée par une large variété de traditions philosophiques », tels l'utilitarisme et le pragmatisme, le néo-aristotélisme et les formes de libéralismes associées à Kant, Mill ou Rawls. La compatibilité de la politique délibérative de Sunstein avec toutes ces traditions philosophiques renforcerait peut-être, si elle était avérée, le scepticisme de Holmes à l'égard des principes généraux. C. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993, p. 247-249.