L'art, la censure et les droits de l'homme

Depuis les procès ?Baudelaire? et ?Flaubert? du 19e siècle jusqu'aux affaires Rose Bonbonou Houellebecq, la question de la place de la morale dans les ?uvres littéraires et artistiques a régulièrement été au c?ur de virulents débats. Les défenseurs de la liberté d'expression et de création condamnent en ces occasions tout risque de censure de la part des autorités gouvernementales ou judiciaires. En France, coexistent deux régimes auxquels les ?uvres peuvent être soumises : un système d'autorisation préalable et un système répressif.

« Peut-être? Il n'est pas interdit ? pas encore ? d'espérer. » Jean-Jacques Pauvert, Préface - Anthologie érotique de la censure, Bernard Joubert, La Musardine, 2001 On rappellera qu'une ?uvre est protégée quel que soit son mérite (article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle), que nul ne peut porter atteinte à son contenu, l'auteur jouissant du droit moral au respect de son ?uvre (article L. 121-1). Or en 2002, en France, un livre, un film, une exposition peuvent être interdits en raison de leur contenu, avant ou après publication. Ainsi, une ?uvre peut être jugée protégeable mais contraire aux bonnes m?urs, et peut être interdite. Et ce malgré le droit de divulgation de l'auteur (article L. 121-2). Droit qui est plus qu'un droit.En effet, le principe de la liberté d'expression, consacré depuis plus de deux siècles dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (« tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »), dont la formulation écarte ici sans ambiguïté toute censure a priori 1, a vocation, selon la jurisprudence de la CED basée quant à elle sur l'article 10 de la Convention, à s'appliquer à la liberté d'expression en matière de création.La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 affirme, en matière de culture, la liberté du public et la protection des droits pécuniaires et moraux de l'auteur (article 27). L'article 29 assujettit l'exercice et la jouissance de toutes les libertés énoncées aux articles précédents aux limitations établies par la loi pour le respect d'autrui et la satisfaction des « justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique », sans dire de quel type peuvent être ces limitations, ni si elles seraient contradictoires avec la protection de l'auteur. Or le principe même d'une limitation est-il compatible avec la liberté de création ? L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est-il compatible dans son alinéa 2 à la liberté de création, lorsque, après avoir affirmé le principe de la liberté d'expression dans son 1er alinéa, il affirme que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du

pouvoir judiciaire ».Les formalités, conditions, restrictions, ou sanctions sont-elles des mesures nécessaires dans une société démocratique, permettant de soumettre les ?uvres à de tels impératifs de contenu? Une ?uvre peut-elle porter atteinte à la sécurité nationale ? Et doit-elle respecter la morale ? Certes, l'article 10 comporte dans son paragraphe 1er la phrase suivante : « le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision, à un régime d'autorisation ». Ce qui montre bien la vocation de cet article à s'appliquer aux ?uvres de l'esprit.Mais ce ne sont que les entreprises qui doivent obtenir une autorisation, pas les ?uvres qu'elles produisent. On peut donc bien légitimement s'interroger sur la compatibilité des régimes d'autorisation des ?uvres avec ce paragraphe de l'article 10.Or, quel est l'impératif qui a toujours fâché l'autorité, et qui a toujours été transgressé par les artistes ? La morale, problématique depuis les procès Baudelaire et Flaubert de 1857. Tous les ouvrages qui abordent la question de la liberté d'expression en matière de création aiment à citer le réquisitoire du procureur Pinard contre Flaubert au sujet de Madame Bovary 1857. Le procureur souhaitait l'interdiction du livre en raison de l'immoralité de son personnage principal, Emma Bovary. C'est bien l'immoralité d'un personnage, sa ?lascivité?, qui était ici en cause.L'avocat de Flaubert, ancien ministre de l'Intérieur, avait plaidé qu'au contraire, Madame Bovary était punie pour sa faute, que le roman était donc très moral, religieux même, se pouvant résumer par ces mots : « l'excitation à la vertu par l'horreur du vice ». Le « pauvre » 2 Flaubert fut relaxé le 7 février 1857, malgré le tort d'avoir perdu « parfois en vue les règles que tout écrivain qui se respecte ne doit jamais franchir », et d'avoir « oublié que la littérature, comme l'art, pour accomplir le bien qu'elle est appelée à produire, ne doit pas seulement être chaste et pure dans sa forme et en son expression ».L'écrivain, qui militait pour l'autonomie de la littérature, n'at- il pas été trahi par cette relaxe ? N'eut-il pas mieux valu que son personnage soit relaxé parce qu'il était un personnage, plutôt que de subir une telle leçon de littérature, qui mérite bien le commentaire de Bernard Joubert : « Allez, circulez, et qu'on ne vous y reprenne plus à écrire des chefs-d'?uvre qui nous survivront » ? Et Baudelaire, qui n'est pas moins poète que Flaubert n'est écrivain, est condamné la même année 3. Or Les Fleurs du mal ne sont-elles pas désormais enseignées au lycée et à l'université, de même que Madame Bovary? C'est encore sous l'angle de la morale que la question est essentiellement aujourd'hui posée à l'autorité administrative et judiciaire au travers du cas des livres de Nicolas Jones-Gorlin, Rose Bonbon, publié chez Gallimard, et Il entrerait dans la légende, de Louis Skoreki, publié chez Leo Scheer 4.Dans cette période de nouvelles turbulences et de grandes interrogations, il est devenu nécessaire de confronter notre droit aux grands principes : leur est-il fidèle, ou les trahit-il ? Nous distinguerons deux situations qui ne méritent pas la même terminologie.En effet, coexistent en droit français deux régimes auxquels les ?uvres sont arbitrairement soumises. D'une part, le système de l'autorisation préalable (I), qualifiable de censure en tant qu'il constitue un régime préventif, et qui « consiste à subordonner l'exercice d'une liberté publique au consentement préalable de l'administration », d'autre part, existe le système du contrôle a posteriori dit « système répressif » 5 (II).L'État peut priver une ?uvre, à plus ou moins grande échelle, des voies de diffusions

?normales?. Ici, le terme ?censure? a vocation légitime à s'appliquer dans son sens étymologique de surveillance de m?urs, défini par un praticien éclairé comme « acte de la puissance publique qui a pour objet d'empêcher la diffusion d'une information, d'une pensée, ou d'une idée » 6.À cet auteur, qui prétend que la censure n'existe que quand elle est systématique, et donc plus en France, nous répondons qu'elle existe pourtant bien quand la loi confère au pouvoir exécutif le pouvoir d'interdire une ?uvre ou d'imposer à sa diffusion des restrictions qui signent de facto son arrêt de mort, dans des champs d'action très largement définis, comme c'est le cas dans la loi française. Et le fait que cette loi soit, le plus souvent, dormante, n'enlève en rien sa force au pouvoir ainsi conféré.Il existe par ailleurs des sources de répression, communément dénommées censures, mais qui constituent des atteintes, légitimes ou non, à la liberté d'expression en matière de création.Nous examinerons donc leur légitimité au regard du principe de la liberté de création dans un deuxième temps.L'objectif ici est de vérifier si, en matière de liberté d'expression des créateurs, notre dispositif législatif est effectivement, comme l'affirme le dernier rapport de la Cour de cassation, « en plein accord avec les principes convenables pour régir une société démocratique édictés par le Conseil de l'Europe » 7.I - LA CENSURE La période de l'entre-deux guerre voit renaître des dispositions violemment répressives qui permettront de continuer les procès en sorcellerie initiés au XIXe siècle contre les écrivains (voir conclusion). 1939 est une année noire pour la liberté d'expression des créateurs, car elle produit deux décrets : l'un qui vise les publications étrangères et qui donnera son article 14 à la loi du 29 juillet 1881 (décret du 6 mai 1939), et l'autre en date du 29 juillet, et qui sera examiné dans la seconde partie.Après la guerre, le législateur de 1949 souhaite protéger la jeunesse, instaurant pour les publications qui lui sont destinées un régime de dépôt préalable au ministère de l'Intérieur, et pour toutes les publications, des restrictions à la diffusion confiées également au ministère de l'Intérieur.Nous mentionnerons ici pour mémoire, faute de place, le visa pour le cinéma, qui permet au ministre chargé de la Culture de délivrer ou non un visa d'exploitation (article 19 du code de l'industrie cinématographique), après avis de la Commission de classification. Le ministre peut aller jusqu'à interdire totalement un film (le décret du 12 juillet 2001 a ajouté l'interdiction aux moins de 18 ans), ce qui pose évidemment la question de la confrontation de cette règle avec celles de la CEDH qui lui sont supérieures. Ce sera pour une autre chronique.A. La loi du 16 juillet 1949 et les publications destinées à la jeunesse Il existe ici une interdiction de contenu qui n'a quasiment pas été modifiée depuis 1949. Selon l'article 2 de la loi du 16 juillet 1949, les publications destinées à la jeunesse ne doivent comporter « aucune illustration, aucun récit, aucune chronique, aucune rubrique, aucune insertion présentant sous un jour favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche, ou tout acte qualifié de crime ou délit, ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse », la loi du 29 novembre 1954 ayant ajouté « ou à aspirer ou entretenir des préjugés ethniques ». « Elles ne doivent comporter aucune publicité ou annonce pour les publications de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse », tout cela sous peine d'une amende de 25000 francs et d'un emprisonnement de un an (article 7), outre la saisie et la destruction des exemplaires de l'?uvre interdite.Un commentateur anonyme d'une décision de la

chambre criminelle rassure immédiatement le lecteur : « l'énumération del'article 2 de la loi du 16 juillet 1949 est seulement indicative et le législateur a voulu donner aux éditeurs de journaux d'enfants une indication nette des sujets qu'il convient de laisser de côté » ! Il rappelle à juste titre que le terme « démoralisation » s'entend de corrompre, de « porter atteinte aux règles essentielles de la morale quel que soit son fondement » 8.Les publications destinées à la jeunesse sont soumises à un système de dépôt préalable et aucune ne peut être publiée sans déclaration préalable au ministère de l'Intérieur, celle-ci devant comporter le titre, les noms, prénoms et adresses des responsables de la publication (article 5). En outre, pour chaque livraison ou volume de la publication, le dépôt de 5 exemplaires pour la commission de contrôle est exigé dès la publication (article 6).Là encore, des peines sont prévues en cas de non respect de la procédure (articles 8 à 11).D'un point de vue procédural, si la commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence rend un avis que l'éditeur souhaite contester, bénéficie-t-il d'un recours ? Le recours contentieux contre un avis est normalement impossible devant la juridiction administrative 9. Sauf à considérer que l'avis en question est en réalité normatif et qu'il s'impose comme une décision, comme cela a été le cas pour un avis de la Haute autorité de la communication audiovisuelle, qualifié de décision par le Conseil d'État 10.La commission de contrôle est composée de magistrats de la Cour de cassation et de la cour d'appel, d'un professeur de droit, d'un représentant du ministère de l'Éducation nationale, d'un représentant des associations de défense de la moralité publique, d'un représentant de l'UNAF, d'éditeurs et d'auteurs pour la jeunesse. Le ministère refuse de communiquer le nom de ses membres. La commission a également pour rôle de signaler aux autorités compétentes toute infraction à l'article 2 de la loi de 1949, afin qu'elle soit sanctionnée par le juge pénal.Étant donné la très grande pauvreté de contentieux publiés, on peut raisonnablement imaginer que les avis de cette commission s'imposent aux éditeurs de publications pour enfants, et qu'ils sont donc constitutifs de décisions susceptibles de recours devant le tribunal administratif, ainsi que du récent référé liberté (article L. 521-2 du code de justice administrative), dès lors que l'éditeur ou l'auteur interdit pourra justifier d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'expression.En dehors de ce circuit de contrôle, la police de l'application de ces dispositions se fait par le parquet, et non par le ministre de l'Intérieur, avec l'aide d'associations limitativement recevables.En effet, en cas d'infraction aux dispositions de l'article 2 de la loi de 1949 qui aurait échappé à la commission de contrôle, peuvent se constituer partie civile : d'une part, les associations reconnues d'utilité publique dont les statuts, agréés par le ministre de la Justice et le ministre de l'Intérieur, prévoient la défense de la moralité, d'autre part, les associations de jeunesse ou d'éducation populaire agréées par le ministre de l'Éducation nationale. « En pratique, la commission préfère [?] convoquer le responsable de l'infraction, et lui demander de rectifier à l'avenir sa publication, plutôt que d'engager immédiatement les poursuites » 11.René Finkelstein, l'un des promoteurs de la loi de 1949 et plus ancien membre de la commission, ne vote plus les interdictions : « Je suis pour la suppression de cette loi, incontestablement ». De l'article 14, dont nous traiterons plus loin, il dit qu'il est « non existant » et «

non valable » 12.B. Après publication : le contrôle du ministre de l'Intérieur sur les ?uvres littéraires est-il une censure ? 1. L'article 14 de la loi de 1881 et la censure du ministère de l'Intérieur Comme l'article 14 de la loi de 1949, cet article concerne l'écrit.Il est toujours bon de rappeler que l'article 1er de la loi du 29 juillet 1981 est d'une brillante concision : « l'imprimerie et la librairie sont libres ». Reste que les 68 articles suivants apportent quelques bémols à ce beau principe.Ainsi, l'article 14 permet au ministre de l'Intérieur d'interdire la circulation et la distribution ou la mise en vente en France de tout écrit rédigé en langue étrangère, ou bien de provenance étrangère rédigé en langue française, quel que soit le lieu de l'impression.Pour quels motifs ? La loi ne le dit pas. Mais s'il est enfreint à cette interdiction du ministère de l'Intérieur, les sanctions sont prévues: amendes, emprisonnement d'un an et saisie des exemplaires sont là pour rappeler qu'il s'agit d'une disposition pénale.Si le ministre interdit une publication sur le fondement de cet ouvrage, le seul recours de l'éditeur ou de l'auteur interdit est de saisir la juridiction administrative. Que dit-elle ? Que cette disposition s'applique aux romans, que le ministre a bien fait d'interdire Sexus d'Henry Miller, auteur indiscutablement américain, et que le « caractère contraire aux bonnes m?urs » de ce livre a justifié la décision d'interdiction en raison du danger qu'il représente pour l'ordre public. Le Conseil d'État refuse de discuter de l'opportunité de cette décision 13. Même si l'article 14 ne dit pas pourquoi le ministre peut sévir, et en dépit de l'exposé des motifs du décret du 6 mai 1939 qui indique que ce texte a un tout autre objet : faciliter la lutte contre « les propagandes subversives menées en France par voie de la presse étrangère » et remédier aux insuffisances de la législation antérieure « dans un but d'ordre public et de défense nationale ».Un livre prenant des libertés avec les bonnes m?urs (qui serait capable de donner une définition consensuelle des bonnes m?urs?) fait-il une propagande subversive mettant en cause l'ordre public et la défense nationale ? Ou est-on face à une dérive jurisprudentielle qui n'hésite pas à faire de cette règle une interprétation extensive, voir abusive, contre l'?uvre « immorale » et « étrangère »? Si le commissaire du gouvernement Braibant rappelle que « la plupart des ouvrages interdits relèvent de la pornographie », et semble regretter que « d'autres procès célèbres, des controverseslittéraires, des discussions de moralistes, ont amplement démontré à quel point il est délicat de fixer la frontière dans ce domaine, entre ce qui doit être autorisé et ce qui doit être interdit », le Conseil d'État n'en approuve pas moins le double système de la prévention et de la répression (qui fait référence, on y reviendra, au délit d'outrage aux bonnes m?urs): « Les circonstances qu'en ce qui concerne les livres, des prescriptions législatives ont prévu une procédure pénale de répression des infractions ne sauraient faire regarder ces ouvrages comme n'entrant pas dans le champ d'application du décret du 6 mai 1939 ».Cette motivation résume parfaitement ce que sont les ?uvres littéraires au pays des lumières et des droits de l'homme: une cible exposée à un arsenal à double détente grâce auquel tous les coups sont permis. L'article 14 a servi à interdire aussi, outre de nombreux romans, une revue éditée dans plusieurs pays à la fois, comportant des textes de solidarité entre les peuples d'Afrique, d'Asie et d'Amérique Latine, par la librairie François Maspero, qui fait l'objet d'une interdiction en date du 23 novembre 1968, confirmée par le Conseil d'État le 2 novembre 1973 14, lequel vérifie

seulement que la décision n'est pas entachée d'erreur manifeste. A également été interdite une revue comportant des textes politiques de nature à compromettre les intérêts diplomatiques de la France , ce qu'a sanctionné le tribunal administratif de Paris en 1989 15.On voit là que la juridiction administrative s'autorise en matière de politique étrangère et de diplomatie ce qu'elle s'était interdit pendant des années en matière de bonnes m?urs. L'ascension de Mobutu a aussi été interdite, ce livre étant de « nature à nuire à la conduite des relations entre la France et le Zaïre » 16, motivation dont on peut douter de la compatibilité avec l'article 10 de la CEDH depuis la sanction de la France du fait du délit d'offense à chef d'État étranger 17. En revanche, dire de la revue allemande Signal diffusée en France de 1940 à 1944, et également interdite, qu'elle est « destinée à favoriser la renaissance de l'idéologie nationale socialiste » est une « erreur manifeste d'appréciation », justifiant l'annulation de l'arrêté d'interdiction 18.C'est l'affaire Ékin qui permet de remettre sérieusement en cause l'existence de cet article 14 de la loi de 1881, et de tout système analogue qui permettrait, dans la loi interne, une violation de l'article 10 de la CEDH. Le 28 avril 1988, le ministère de l'Intérieur interdit l'ouvrage collectif Euskadi en guerre publié par l'association Ékin, au motif qu'il aurait encouragé le séparatisme et justifié le recours à l'action violente. Saisi, le Conseil d'État exerce un contrôle bien plus intense qu'il ne le faisait en matière de bonnes m?urs: « il ne ressort pas de l'examen du contenu de cette publication qu'elle présente, au regard des intérêts dont le ministre a la charge, et notamment de la sécurité publique et de l'ordre public, un caractère de nature à justifier légalement la gravité de l'atteinte à la liberté de la presse constituée par la mesure litigieuse » 19.Cette décision est rendue sous le visa des articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, enfin invoqués et retenus, mais mal appliqués. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie par l'association Ékin qui proteste d'avoir subi une interdiction pendant neuf ans et de ne pas avoir reçu de réponse de la part du ministère saisi d'une demande de dédommagements, se donne l'occasion d'une savoureuse leçon de droit à l'État français, non pas tant sur l'interdiction du ministre en cause, puisque celle-ci avait été réformée par le Conseil d'État, mais sur l'existence même de cet article 14 de la loi du 29 juillet 1881.L'arrêt constate que le dispositif de la loi du 29 juillet 1881 est essentiellement répressif, et intervient donc a posteriori, mais relève que le « régime français de publication comporte toutefois des formes d'interventions préalables [?] qui sont dans tous les cas assujetties au respect du principe de proportionnalité aux faits les motivant ».La Cour rappelle que l'article 14 de la loi de 1881 est prévu par la loi, qu'il constitue une ingérence dans le « droit de la requérante à la liberté d'expression », examine la jurisprudence au regard de l'exigence de prévisibilité et, étant donné le caractère limité du contrôle effectué en la matière par le Conseil d'État à l'époque des faits litigieux 1988, en conclut « qu'elle serait plutôt encline à penser que la restriction critiquée par la requérante ne remplissait pas l'exigence de prévisibilité, mais elle n'estime pas nécessaire de trancher cette question dans la mesure où elle répondra à la requête sous l'angle de l'ingérence ». La Cour sousentend clairement ici que l'article 14 de la loi de 1881 est imprévisible, en raison du contrôle limité du Conseil d'État, et qu'il ne satisfait donc pas aux exigences de l'article 10 de la CEDH.Sur l'ingérence, la Cour estime

que le but de la mesure est légitime dans la mesure où elle vise en l'espèce à sauvegarder l'ordre public. Mais elle s'interroge ensuite pour savoir si cette mesure est nécessaire dans une société démocratique.La société Ékin développe « qu'elle a été et qu'elle continue d'être victime d'une violation de la Convention car l'article 14 de la loi de 1881 modifiée fait peser sur elle une menace permanente, une sorte d'épée de Damoclès, sur son droit à la liberté d'expression tel que garanti par l'article 10 de la Convention ». Tel est le cas de toute publication étrangère qui, pour des raisons de m?urs ou des raisons politiques, est placée sous l'épée de Damoclès du ministère de l'Intérieur, laquelle tombe toujours de façon aléatoire, sans que l'on puisse discerner à l'avance quand et pourquoi tombera le coup : interdiction ou tolérance, cette dernière n'étant pas la liberté, mais la face souriante et condescendante de l'arbitraire? La Cour reprend la motivation de l'arrêt Handyside 20 et rappelle que les restrictions à la liberté d'expression doivent être strictement interprétées et ne sont une ingérence « nécessaire » au sens de l'article 10-2 qu'en vertu d'un « besoin social impérieux ».Qu'en est-il? L'article 14 n'indique pas les motifs pour lesquels une publication considérée comme étrangère peut être interdite.La jurisprudence rendue en la matière n'est pas unanime. S'agissant des modalités et de l'étendue du contrôle juridictionnel, « le contrôle juridictionnel intervient a posteriori. En outre, ce contrôle n'est pas automatique, la procédure de contrôle par le juge ne s'enclenchant que sur le recours de l'éditeur ». L'article 8 du décret du 28 novembre 1983 ne permet pas de pallier ces déséquilibres, car, dès lors que l'administration invoque le caractère urgent de la mesure, l'éditeur n'a pas la possibilité de présenter, préalablement à l'adoption de l'arrêté d'interdiction, ses observations orales ou écrites.L'article 14 de la loi de 1881 semble heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention selon lequel les droits qui y sont reconnus valent « sans considération de frontière ».La Cour conclut que « l'ingérence que constitue l'article 14 de la loi de 1881 modifiée ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique » de sorte qu'il y ait eu violation de l'article 10, et condamne la France à verser plus de 350000 francs à l'association requérante. Emmanuel Derieux écrivait dans cette revue: « les autorités françaises devraient désormais s'abstenir de faire application d'un pouvoir d'interdiction très contestable [?] mieux, elle devrait supprimer de cette loi sur la liberté de la presse les dispositions ainsi sanctionnées par le juge européen » 21.S'agissant des ?uvres de l'esprit, cette modification de la loi, qui tarde curieusement, est encore plus indispensable. Si les motifs qui touchent à l'ordre public, à la sécurité du territoire et aux relations diplomatiques entre la France et l'étranger ne justifient en rien l'ingérence tout à fait disproportionnée que permet l'article 14 aux pouvoirs politiques dans la liberté d'expression, s'agissant d'écrits journalistiques, documentaires ou politiques, les ?uvres de l'esprit peuvent encore moins être assujetties à ces exigences ou à celles des bonnes m?urs.Si les idées ont le droit de heurter, choquer ou inquiéter (arrêt Handyside précité), les ?uvres en ont le devoir : elles ont pour tâche de nous aider, autrement que par la raison seule, à comprendre, à appréhender le monde dans lequel nous vivons. Sans l'art, nous n'y parviendrions pas. Parce que l'?uvre s'adresse à nos sens autant qu'à notre raison, nous ne pouvons la réduire à un discours logique. L'analyser, c'est se

risquer à une interprétation, et il y en a mille, dix mille, autant que de « regardeurs », comme disait Duchamp. Examiner leur discours dans un registre logique, c'est leur nier leur qualité d'?uvres. La fiction n'est pas la réalité. Madame Bovary n'existe pas.Examiner leur contenu au regard d'un critère aussi flou que la morale est une démarche fascisante qui veut assigner à l'?uvre un contenu non dérangeant, mais au combien mouvant. L'art dans tous les pays totalitaires est assigné à glorifier le parti unique ou le héros dirigeant. L'art dans une démocratie doit pouvoir se moquer de tout, y compris de la démocratie. C'est donc au regard de cet arrêt Ékin que nous examinerons les dispositions de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949.2. L'article 14 de la loi de 1949 : la diffusion des livres, la protection de la jeunesse et la censure du ministère de l'Intérieur L'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 n'était pas prévu dans le texte initial de la loi de 1949 consacrée uniquement aux publications destinées à la jeunesse. Il instaure un régime préventif aléatoire pour les publications non destinées à la jeunesse mais qui, à raison de leur contenu, peuvent faire l'objet de restrictions plus ou moins sévères de diffusion par arrêté du ministre de l'Intérieur, dans l'année qui suit leur dépôt légal ou leur publication.La première interdiction possible, l'interdiction de vente aux mineurs, est, de l'avis des professionnels, la signature de l'arrêt de mort de la diffusion du livre, presqu'autant que les deux autres, soit parce que les libraires refusent de faire un travail de policier et de demander aux jeunes qui s'intéressent à la littérature contemporaine, qui ne sont pas légion, leurs papiers, soit parce que du fait de la masse de livres qu'ils ont à vendre, ils n'ont pas de temps, et renvoient l'ouvrage interdit à l'éditeur sans le mettre en vente. La deuxième, l'interdiction d'exposition, ne permet que la vente par correspondance. Quant à la troisième, qui interdit le livre de publicité, si un livre peut être diffusé dans ces conditions (car les mesures se cumulent toujours dans ce sens), ce ne peut être qu'aux amis proches de l'auteur et de l'éditeur.Lorsqu'une interdiction a été prononcée, un vendeur peut refuser de diffuser la publication; si deux interdictions sont prononcées, la publication est exclue de la diffusion par les messageries de presse; enfin, quand deux interdictions frappent trois publications du même éditeur en moins de douze mois, celui-ci est soumis au régime du dépôt préalable. Lorsqu'un éditeur a vu trois publications interdites dans la même année, il est assujetti à un dépôt légal au ministère de la Justice pendant cinq ans, pour toute publication « analogue ».La société d'édition L'Or du Temps de Régine Deforges avait publié trois ouvrages interdits à la vente aux mineurs de 18 ans, à l'exposition et la publicité par affiche par arrêté du ministère de l'Intérieur du 10 juillet 1969 en raison de leur caractère licencieux et pornographique.Dans le courant du premier semestre 1970, cette éditrice avait mis en vente deux livres sans effectuer le dépôt préalable prescrit par l'article 14. Condamnée par la cour d'appel de Paris, elle avait soutenu devant la chambre criminelle que l'arrêté était illégal, s'agissant d'ouvrages du XVIIe, XVIIIe et XIXe siècle, déjà édités en leur temps. Mais la réédition d'ouvrages étant soumise au dépôt légal, l'arrêté d'interdiction n'était pas attaquable 22.Les motifs d'interdictions n'ont cessé d'augmenter depuis plus de cinquante ans et on compte maintenant parmi eux le caractère licencieux ou pornographique, la place faite au crime 1949, la violence (loi 67-17 du 4 janvier 1967), « la discrimination, la haine raciale, l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de

stupéfiants » (loi 87-1157 du 31 décembre 1987).La commission de surveillance de publications destinées à la jeunesse ne peut ici que donner un avis si le ministre le lui demande. Jérôme Lindon s'était battu pour que les éditeurs ?littéraires?, « las de comparaître, par livres interposés, devant la commission, qui n'a pas vocation littéraire particulière et qui les juge comme s'ils étaient des trafiquants de drogue ou des vendeurs de cartes postales obscènes » 23 puissent siéger à la commission, dans laquelle il les représenta dès 1967.Mais la présence d'éditeurs ?littéraires? n'a rien changé à la dichotomie entre éditeurs et décisions du ministre prises sur le fondement de l'article 14, parce que le ministre de l'Intérieur n'est pas obligé de recourir à l'avis de la commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à la jeunesse 24, la loi n'exigeant pas cette procédure 25. La commission a donc seulement la possibilité de signaler au ministre de l'Intérieur les publications qui lui paraissent justifier les interdictions édictées à l'article 14. Et, si le ministre décide de la consulter, elle n'a qu'un avis consultatif.3. L'affaire Rose Bonbon, déclencheur d'une remise en cause de la loi ? La présence d'éditeurs ?littéraires? n'a rien changé non plus à l'irréductible fossé entre la commission et les éditeurs. Ainsi,au sujet de l'affaire Rose Bonbon, roman dont le narrateur découvre et narre sa pédophilie à la première personne, la commission a préconisé une interdiction de vente aux mineurs 26, alors que le Syndicat national de l'édition qualifiait toute mesure de ce type « d'incongrue, inutile et dangereuse », contestant que le libraire doive demander ses papiers aux jeunes souhaitant acquérir ce livre, « quand ils ont accès à Pierre Louÿs, Bataille, Nabokov ou Bernard Noël » 27.Si le ministre de l'Intérieur Nicolas Sarkozy a décidé, le 11 octobre, de ne pas suivre l'avis de la commission, c'est, ditil, pour quatre raisons : « Le risque que le roman soit lu par des jeunes enfants est faible ; les mesures de précaution qui ont été adoptées par Gallimard, et qui consistent à entourer le livre d'un film plastique assorti d'un avertissement, sont de nature à prévenir très largement au seul objectif que je recherche, à savoir la protection des jeunes mineurs; il y aurait quelque incohérence à interdire de la vente aux mineurs le livre de Monsieur Jones-Gorlin alors que de nombreux ouvrages comportant des scènes aussi condamnables sont en vente libre en librairie ; la justice a été saisie par des associations et prendra elle-même une décision » 28.Le ministre ajoute que « le débat né à l'occasion de la publication de Rose Bonbon met en lumière [?] la nécessité d'une réflexion sur une éventuelle modification de la législation de 1949. Il existe plusieurs dispositifs normatifs en matière de protection de la jeunesse au regard de la production littéraire ou audiovisuelle. Une réflexion générale sur l'ensemble de ces dispositifs me paraît s'imposer pour les rendre à la fois plus cohérents et plus efficaces tout en gardant l'esprit de liberté qui préside à la création artistique dans notre pays ».Pour ce qui est de la prévisibilité de la norme, cet aveu ministériel de l'incohérence qu'il y aurait à interdire une ?uvre récente alors que d'autres, plus anciennes, comportant le même type de scène - dont le ministre indique a priori, et avant que la justice saisie sur le fondement de l'apologie de crimes et des articles 227-23 et 24 du code pénal n'ait tranché, qu'elles sont condamnables - est éloquent.Sur les fondements de l'article 14 de la loi de 1949, le roman L'Épi Monstre de Nicolas Genka a été interdit en 1962, comme Le Château de Cène de Bernard Noël. En 1986, le ministre de l'Intérieur de

l'époque a menacé le roman de Mathieu Lindon, Prince et Léonardours, publié chez POL. Seule une campagne de l'éditeur et l'opposition du ministre de la Culture de l'époque à toute censure ont conduit le ministère de l'Intérieur à abandonner son projet de censure. Or tous les livres qui ont été interdits de vente aux mineurs par décision du ministre de l'Intérieur depuis les cinquante dernières années sont désormais en vente libre, pour la plupart en livre de poche, voir en Pléiade. Ils sont donc parfaitement accessibles aux mineurs d'aujourd'hui, s'ils étaient défendus à leurs parents, qui pouvaient de toute façon les lire chez leurs parents... L'autre aveu à retenir de cette décision ministérielle est l'incohérence de l'appareil législatif dans son ensemble et l'imbrication des normes juridiques applicables aux ?uvres.Pour les autres conditions de l'article 10 de la CEDH, telles que définies par l'arrêt Ékin, l'article 14 de la loi du 29 juillet 1949 paraît aussi condamnable que l'article 14 de la loi de 1881, puisqu'il ne prévoit ni contrôle judiciaire automatique et antérieur à l'interdiction, ni ne garantit le caractère contradictoire de la procédure d'interdiction administrative, ce qui rend ce système préventif incompatible avec l'article 10, comme l'avait décidé la cour dans l'arrêt Ékin 29.Cette loi est critiquée de toutes parts: « D'une façon plus générale, on peut finalement se demander si les pouvoirs d'interdiction conférés au ministre de l'Intérieur sont réellement respectueux de la liberté de la presse. Il n'est pas interdit de penser qu'un autre système, reposant sur l'intervention rapide et exclusive du juge judiciaire, aurait été tout aussi protecteur de la jeunesse, tout en étant plus conforme aux exigences de la liberté de la presse. » 30 Plus encore, nous approuvons la suggestion que des avertissements soient apposés sur les ?uvres qui dérangent encore l'autorité 31, à la condition que l'on puisse débattre du contenu de l'avertissement dans une procédure contradictoire, et qu'il ne s'accompagne d'aucune interdiction. L'apposition d'un film plastique ne pourrait, en revanche, à notre sens, que concerner les images et illustrations, et n'aurait aucun sens pour un texte.II - LE CONTRÔLE DU CONTENU DES ?UVRES PAR LE PARQUET ET LES ASSOCIATIONS A. La censure du parquet : les articles 227-23 et 227-24 du code pénal 1. L'article 227-23 Lors des premières discussions au Parlement, l'article 227-23 ne visait que les images de mineurs, et non pas les représentations de mineurs et uniquement lorsqu'elles étaient pornographiques 32. Le terme ?image? ne souffre pas d'ambiguïté.Il s'agit de l'image d'un enfant capturé par un moyen technique comme la photographie, la vidéo ou le film. « Il est évident que le législateur a eu en vue [?]les images des mineurs prises in vivo, ainsi que l'évoquent d'une part, les mots ?fixer? et ?enregistrer? se référant directement à la photographie et au cinéma, et, d'autre part, le fait que ce soient les mêmes mots que ceux qui sont employés à propos de l'atteinte à l'intimité de la vie privée, où il s'agit bien d'une appréhension directe » 33.Madame Rassat proposa, alors que la loi de 1998 n'était pas encore intervenue, une interprétation très extensive qui paraît totalement contraire aux travaux parlementaires et la nécessité d'interpréter respectivement les délits : pour elle, l'image « peut être aussi bien un dessin ou une sculpture qu'une photographie ou un film ». Or la référence qu'elle donne, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée par la fixation d'enregistrement ou la transmission de l'image de quelqu'un se trouvant dans un lieu privé tel que définit à l'article 226-1 du code pénal, concerne la fixation de

l'image de toute personne vivante ou morte. Il n'y a pas de délit d'atteinte à la vie privée si une personne est repré-sentée sans que son image ait été fixée 34. De même, la notion de ?délit de montage? avec les paroles ou ?l'image? d'une personne sans son consentement prévu à l'article 226-8 ne vise que le délit de montage photographique et non pas la caricature par le dessin.En 1998, le législateur ajoute le délit matériel de ?représentation?.Que signifie ce terme ? Charles Jolibois, auteur de cet amendement, explique qu'il s'agit de réprimer les images virtuelles 35. Il faut le lire en comparaison avec celui de ?message? de l'article 227-24 qui inclut non seulement les images mais les écrits et les paroles 36. Si le terme de représentation, et non pas celui de message, est utilisé ici c'est donc que le législateur a voulu rester dans le domaine de l'image, et ajouter à l'image réelle l'image virtuelle, exclusivement. Des écrits et des dialogues radiophoniques ou télématiques qui mettent en scène des mineurs à l'occasion d'actes pornographiques ne tombent donc pas sous le coup de l'article 227-23 37, mais sous celui de l'article 227-24, s'ils sont susceptibles d'être vus par un mineur. Le terme de représentation de l'article 227-23 peut-il s'appliquer à une représentation artistique ? Rappelons que les nouvelles dispositions du code de procédure pénale, issues également de la loi du 17 juin 1998, et qui donc ont été pensées en même temps que ce terme de ?représentation? par le législateur, obligent à soumettre, avant tout jugement au fond, les personnes poursuivies pour un délit fondé sur les articles 227-23 ou 227-24 du code pénal, à une expertise médicale, l'expert étant interrogé sur l'opportunité d'une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire (article 706-47), et permettent une expertise pour évaluer le préjudice subi par les victimes mineurs (article 706-48). Les apologues de la répression jusque dans le c?ur des ?uvres seraientils prêts à demander que les écrivains, les cinéastes et les artistes ?déviants? soient soumis à une expertise médicale? Va-t-on créer des camps de redressement psychiatrique, comme en Chine, pour réhabiliter les fauteurs de troubles ? Va-t-on pouvoir poursuivre toutes les ?uvres déjà en circulation depuis trois ans, voir faire de cet article un délit continu ou qui se répétera à chaque nouvelle diffusion de l'?uvre, ce qui permettrait par exemple de brûler toutes les ?uvres ?pornographiques? de Balthus? 2. L'article 227-24 ? L'origine de cet article et la jurisprudence antérieure Le décret-loi du 29 juillet 1939 qui figurait dans un chapitre III du code pénal intitulé délicatement « Protection de la race » punissait « tous imprimés, tous écrits, tous dessins, objets ou images contraires aux bonnes m?urs », et devint l'article 283 du code pénal figurant dans le chapitre « Crimes et délits contre les personnes » punissant l'outrage aux bonnes m?urs d'un mois à deux ans de prison et d'une amende de 360 à 30000 francs.Entrait dans le domaine d'application de l'article 283 du code pénal « toute manifestation de la pensée ou de l'image qui, sans mériter la qualification d'obscène, et sans être spécialement licencieuse, fait appel, par son caractère offensant pour la pudeur, à la recherche systématique d'une excitation érotique aux instincts et aux appétits les plus grossiers de l'être humain » 38.? Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont-ils liés par l'appréciation des autorités administratives en ce domaine ? Non, fut-il d'abord répondu à propos de photographies contraires à la décence, faisant partie du matériel publicitaire d'un film ayant obtenu le visa ministériel d'exploitation après avis de la commission de

contrôle des films : « Le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'une autorisation administrative relève le juge répressif du devoir qui n'incombe qu'à lui d'appliquer la loi pénale, les conditions nécessaires pour que le fait justificatif de l'article 327 du code pénal soit constitué n'étant pas remplies » 39.Pas toujours, dit, un peu plus tard, la chambre criminelle indiquant que les dispositions de la loi du 30 décembre 1975 qui soumet à une réglementation particulière la projection publique de films pornographiques, excluent nécessairement ces films, « qui, par leur caractère obscène, pourraient blesser les sentiments moraux d'une partie du public », du champ d'application de l'article 283 du code pénal, mais que ne sauraient « bénéficier de la dérogation légale ainsi édictée, les films qui, essentiellement consacrés à la représentation minutieuse de violences et perversions sexuelles, dégradantes pour la personne humaine, font outrage aux bonnes m?urs » 40.Et non, suggère Nicolas Sarkozy au sujet de l'affaire Rose- Bonbon (précité).? L'élargissement des motifs de répression L'article 227-24, qui figure désormais dans la partie concernant les mineurs, n'était pas prévu dans le projet gouvernemental du nouveau code pénal et a été ajouté par la commission mixte à l'initiative de la Fédération des familles de France 41. Il réprime les délits par voie de presse 42 beaucoup plus largement que l'outrage aux bonnes m?urs: sont désormais pénalement répréhensibles « les messages à caractère violent, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsque ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur ».Avant l'article 227-24, le fait que la victime de l'outrage aux bonnes m?urs fut un mineur était une circonstance aggravante de l'infraction et doublait les peines normalement applicables.L'article 227-24 en fait un élément matériel du délit, et sanctionne donc non plus le message en raison de sa seule nature, mais la violence que peut constituer, à raison de son contenu, le message, pour un mineur. Peut-on en déduire pour autant que « nous voyons ainsi que la protection de la liberté d'expression, déjà fortement garantie par le législateur de 1881, a été renforcée, sous certains aspects, par l'évolution de la législation récente » 43? L'article 227-24 a permis de sanctionner la presse pour des articles sur le tourisme sexuel, la pédophilie au Japon et la prostitution infantile au Brésil 44. Quand le tribunal indique dansla première affaire que « l'article en cause tente de banaliser et innocenter les relations sexuelles entre adultes et mineurs, par le recours à des journalistiques légères, par des jeux de mots, par l'évidence de certaines propositions », il semble indiquer que l'évocation seule de ces faits ne serait pas répréhensible, mais que l'apologie de ces pratiques sexuelles qualifiées par le tribunal de « perversions dégradantes » et le recours à des titres « pernicieux pour attirer le public », sont constitutifs du délit.Or, si l'on comprend ici le recours à la notion d'apologie comme une interprétation apparemment restrictive de l'article 227-24, lequel ne comporte pas de critère évaluatif du contenu du message, cette notion, appliquée à une ?uvre fictionnelle, est inopérante car elle est ontologiquement antithétique, on y reviendra.? Le droit d'auteur n'est-il d'aucun secours pour éviter aux ?uvres la sanction de l'article 227-24 ? La Cour de cassation a affirmé la protection par le droit d'auteur d'une ?uvre pornographique, mais laisse entendre que le film n'est protégeable par le droit d'auteur que s'il n'est pas constitutif d'un outrage aux bonnes m?urs au sens de l'article 283 du code pénal ancien, applicable aux faits de

l'espèce 45. Or, avec André Bertrand, il faut affirmer haut et fort que « le fait que des ?uvres soient contraires aux bonnes m?urs n'a aucune incidence sur leur protection » 46.Un commentaire critique reproche à la Cour de cassation de ne pas avoir exclu que le caractère illicite d'une ?uvre puisse la priver de la protection généralement accordée au titre de la propriété littéraire et artistique, alors que « en aucun cas, la preuve du caractère dégradant d'une ?uvre pour la personne humaine ne peut fonder un droit pour le contrefacteur à l'exploiter librement » 47, et nous nous y associons.Mais nous ne pouvons le suivre lorsqu'il affirme qu'une ?uvre doit être assujettie aux mêmes contraintes que la communication en général. Une ?uvre de fiction n'est ni une information, ni un discours politique, ni une publicité (même si toutes ces formes de communication peuvent être protégées par le droit d'auteur). Elle ne peut avoir pour obligation de respecter la morale ou les bonnes m?urs. Appliquer cet article aux ?uvres, c'est, en vertu de concepts mous et fluctuants, suggérer d'interdire Sade (désormais disponible en Pléiade), mais aussi tout Victor Hugo, et en premier lieu Les Misérables, car le personnage de Ténardier ne porte-t-il pas gravement atteinte à la dignité humaine? Et l'homme qui rit n'est-il pas la victime de la violence et de l'indignité des hommes ? Il faudrait aussi brûler la série noire, pour sa violence, faire des autodafés de Gilbert Cesbron, interdire tous les films qui comportant des scènes pornographiques, violentes, détruire toutes les collections des musées autres que les natures mortes, garder des contemporains les conceptuels et les abstraits, quoique ceux-là aussi sont jugés très indignes par certains? Si pour prendre la définition la plus consensuelle, la dignité humaine, « est la réunion symbolique de tous les hommes dans ce qu'ils ont de commun, à savoir leur qualité d'être humain » 48, peut-elle être touchée par une atteinte fictionnelle, et donc symbolique ? Est-ce que les ?uvres n'ont le droit que de déroger symboliquement à cette belle unité symbolique, pour montrer la noirceur de la nature humaine ? Si la réponse est négative, nous nous préparons des lendemains culturels qui chantent, car tout ce qui sera autorisé ne pourra être plus toxique que La petite maison dans la prairie.C'est pourquoi il convient de saluer le jugement du tribunal de Carpentras qui prend le parti d'exclure l'?uvre littéraire et le roman du champ d'application de l'article 227-24: « Pour caractériser l'élément matériel de l'infraction, il convient de démontrer que celui-ci n'est ni un roman, ni une ?uvre littéraire, mais bien un écrit spécifiquement pornographique [?] si le propos litigieux développé par l'auteur défendeur agrémenté de scènes sexuelles complaisamment décrites, peut certainement apparaître incongru, choquant, ou révoltant, l'ouvrage en cause n'en est pas pour autant dénué de toute valeur artistique ou littéraire, ainsi d'ailleurs que l'ont estimé nombre de critiques et de journalistes » 49.Et on excusera une faiblesse : s'il affirme qu'une ?uvre de fiction n'est pas un message (ce qui ne manque pas d'un certain courage), on ne peut en aucun cas lier la protection de l'?uvre à son mérite. Un mauvais roman a le droit de parler de pornographie, un mauvais film peut être violent, un mauvais tableau peut aborder le thème le plus indigne. Houellebecq aurait été honni par la critique qu'il devait être épargné.Assujettir les ?uvres dans leur contenu à l'interdiction de comporter des passages violents ou pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, reviendrait de façon inadmissible à restreindre la liberté de création, dans des proportions

que l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne permet pas.? La CEDH, les ?uvres et la morale Autant dire clairement que la jurisprudence de la Cour sur des ?uvres confrontées à des dispositifs répressifs nationaux n'est pas favorable à la liberté d'expression des artistes, loin s'en faut. Parce qu'elle n'a tiré conséquences de la distinction entre liberté de création et liberté d'expression.En ce qui concerne la pornographie, la Cour européenne a déjà statué dans un arrêt Muller, en estimant l'article 204-1 du code pénal suisse compatible avec l'article 10. Des tableaux furent saisis et les organisateurs furent condamnés à une amende sur le fondement de l'article 204 qui interdit les publications obscènes et permet leur la destruction. La Cour assure que « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une ?uvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression. » Ici la Cour commet une erreur de fond, et pas seulement sémantique.Les créations ne sont pas des opinions ou des idées au sens polémique. L'?uvre est inscrite dans la forme et c'est là qu'elle est protégée ; les idées sont de libre parcours, selon toutes les conventions internationales protégeant le droit d'auteur. Si l'art est indispensable, dans une société démocratique, c'est en raison de sa polysémie, et de ce qu'il s'adresse, par la complexité de sa forme, autant aux sens qu'à la raison, permettant au ?regardeur? d'avoir une distance réflexive face au sujet abordé dans l'?uvre.Le spectateur, le lecteur, ne sont pas passifs mais actifs, car ils interprètent, et ils le savent 50. Ainsi l'?uvre sort du champ de la littéralité, et ne professe ni idées ni opinions. C'est pourquoi la Cour ne pouvait restreindre la liberté du créateur comme la liberté de celui dont le discours s'inscrit dans le réel et tend vers la ?vérité? (journaliste, homme politique, professeur?).La Cour relève qu'il n'existe pas de notion uniforme de la morale dans l'ordre juridique et social des divers états contractants.Elle relève que « les toiles incriminées représentent crûment des relations sexuelles, en particulier entre hommes et animaux », et « que le public y avait librement accès ».La Cour constate que les conceptions de la morale sexuelle ont changé ces dernières années (elle constate donc l'imprévisibilité de la norme juridique, et aurait du en tirer d'autres conséquences !), que l'exposition ne suscitait aucun mouvement de protestation, et que l'artiste avait montré des ?uvres de la même veine à d'autres endroits de Suisse et à l'étranger, mais elle en déduit paradoxalement, qu'« il n'en résulte pourtant pas que la condamnation des requérants [?] n'ait pas répondu à un besoin social réel », et approuve aussi que l'artiste ait été privé de ses toiles pendant près de 8 ans.Une opinion dissidente du juge Stielmann fut publiée, estimant qu'il y avait eu violation de l'article 10 en raison de la relativité de la notion d'obscénité : « À notre avis, les États contractants devraient mieux se rendre compte de la notion de la relativité des valeurs en matière d'expression d'idée », regrette-t-il.Dans l'affaire Otto Preminger Institut, huit ans plus tard, la Cour juge compatible avec la liberté d'expression la saisie et la confiscation d'un film jugé blasphématoire, alors que la loi autrichienne affirme d'une part que la création est libre (article 17a de la loi fondamentale), et d'autre part que le blasphème est un délit (article 188 du code pénal), au motif que « les représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse [?] peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit

caractériser une société démocratique », laquelle a pour devoir de protéger « le droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leur sentiment religieux » 51. Ici encore, une ?uvre de fiction est prise dans un sens littéral, ce qui est un non sens ontologique.? La compatibilité de l'article 227-24 avec l'article 10 de la CEDH En France, la compatibilité des dispositions de l'article 227- 24 avec les articles 6, 7, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme avait été soulevé devant le tribunal de grande instance de Paris (12 sept. 1997 précité). On regrettera que sur l'article 10, le tribunal ne réponde que sur la prévisibilité de l'infraction en répondant par l'affirmative, ce qui est très contestable, sans dire en quoi cette mesure est nécessaire dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et la prévention du crime ou à la protection de la santé et de la morale.Sur l'accessibilité des revues aux mineurs et la prévisibilité des dispositions mises en cause, la jurisprudence est loin d'être univoque.La cour d'appel de Besançon avait décidé le 9 mai 1972 que le délit de bonnes m?urs n'était pas constitué concernant la mise en vente d'articles licencieux ou obscènes dans un magasin dont l'accès est interdit aux mineurs de 21 ans 52.Sous le nouveau visa, des mangas japonais comportant des scènes sadomasochistes et représentant des personnages s'accouplant avec des monstres, diffusés par vidéocassettes et mis à la disposition de toutes les catégories de public, ont été jugés susceptibles d'être vus par des mineurs, dès lors que ceux-ci peuvent acheter, et donc visionner ces films, sans restriction, et que ceux-ci sont distribués sans précaution ni contrôle 53.La cour d'appel de Paris, 11e chambre, section A, estime que la mise en vente des revues dans un kiosque suffit à caractériser l'accès aux revues aux mineurs, quelles que soient les précautions prises 54. Alors que la section B de la même chambre estime que l'infraction impose au ministère public d'apporter la preuve qu'un mineur a pu voir la revue incriminée 55.Le délit résulte-t-il de l'absence de précautions, de précautions insuffisantes, cette insuffisance doit-elle être appréciée in concreto ou in asbtracto, ou le délit n'est-il caractérisé que lorsque la preuve est rapportée qu'un mineur a eu accès à l'?uvre ? La doctrine est également largement divisée.Ainsi, pour les uns, presque toutes les précautions sont inutiles pour interdire l'accès aux mineurs 56, alors que pour d'autres, pour que l'élément matériel de l'infraction soit constitué, il faut démontrer plus que la mise en vente, et rapporter la « preuve matérielle de ce que le message [est] accessible aux mineurs » 57.Pour être convaincu de l'incertitude juridique où se trouvent les artistes, il suffit de rappeler ici la jurisprudence du ministère de l'Intérieur qui, après de nombreux arrêtés d'interdiction d'?uvres en raison de leur caractère licencieux et pornographique fondés sur les lois de 1949 (article 14) et de 1881 (article 14), a abrogé les interdictions de vente aux mineurs et d'exposition des deux ouvrages d'Henry Miller, d'Histoire d'O, d'Emmanuelle, du Festin nu de William Burroughs, et de deux ouvrages de Sade, ainsi que l'arrêté d'interdiction de l'ouvrage de Bertrand Noël, Le Château de Cène 58.Les changements d'appréciations dans le temps sont bien la preuve de l'imprévisibilité de la loi et de la définition de la notion de pornographie. Celle-ci commence, selon une opinion émise en 1997, à « l'attitude particulière du sujet nu » 59, alors que selon une opinion émise en 1979, est pornographique « un film qui présente au public, sans recherche esthétique et avec une crudité provocante, des scènes de la vie sexuelle et

notamment des scènes d'accouplement » 60. Le sujet autorise tous les débordements, jusqu'à l'appréciation de la recherche esthétique, ce qui transformerait les juges en critiques d'art et se heurte à l'interdiction de juger une ?uvre d'après son mérite.Il n'y a pas de consensus sur ces questions, ni sur le plan national, ni sur le plan européen, a relevé le Parlement Européen dans un rapport sur la pornographie : « Toute tentative sérieuse de définition met en lumière le caractère éminemment relatif, subjectif et évolutif de ce qui peut être considéré comme pornographique » 61.L'ingérence que constitue l'article 227-24 du code pénal dans la liberté d'expression en matière de création est-elle nécessaire dans une société démocratique ? Concernant la violence, il n'est pas certain que la Cour européenne des droits de l'homme accepterait le principe que tous messages violents susceptibles d'être vus par un enfant constituent un délit. Car en application de l'article 227-24, il conviendrait d'interdire la diffusion de toute émission d'information à la télévision, de tout texte évoquant une guerre dans la presse écrite. Or la Cour a très à c?ur de protéger la liberté de la presse.3. L'article 24 de la loi de 1881 sur la presse, sur l'apologie de certains crimes ou délits Cet article est visé dans les plaintes déposées à ce jour contre les livres Rose Bonbon et Il entrerait dans la légende. Or son objet est de réprimer les publications qui font l'apologie des atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité de la personne et des relations sexuelles notamment.S'agissant de la liberté de création, cet article n'a pas vocation à s'appliquer à tout ce qui est ?uvre de fiction : il est absurde de considérer qu'une ?uvre puisse faire une apologie quelconque.Dès lors que l'?uvre est d'imagination, qu'elle fonde un monde irréel, avec des personnages fictionnels, les propos sont irréels et ne peuvent donc être, par essence, apologétiques. Le dispositif fictionnel est le garde fou de l'apologie: la mise à distance, avec son double, la possible identification, s'inscrivent dans un jeu conscient: même si je m'identifie à elle, je sais que je ne suis pas Madame Bovary. Cet article n'a vocation à s'appliquer qu'au discours journalistique ou politique qui provoquerait, par la littéralité d'une présentation favorable, à commettre l'un des crimes précités.B. Le rôle des associations sur le fondement des articles 227-23 et 227-24 Les associations déclarées d'utilité publique dont l'objet est de défendre la moralité publique pouvaient se constituer partie civile contre les infractions prévues aux articles 283 et suivants de l'ancien code pénal. Ce texte n'a pas été repris par le nouveau code pénal, et « on doit donc considérer que cette habilitation à agir a été abrogée par le législateur » 62. Les associations de défense des mineurs sont irrecevables sur le fondement de 2.3 du code pénal modifié par la loi 98-468 du 17 juin 1998 qui a modifié l'article 227-23 du code pénal. De même, par décision du 12 juin 1997, la 17e chambre du tribunal de Paris a débouté l'association Enfance et Partage de sa constitution de partie civile sur le fondement de l'article 227-24, dans la mesure où les dispositions de l'article 2.3 du code de procédure pénale (CPP) ne visent que l'article 227-22 63.C'est donc la règle de l'intérêt personnel qui s'applique : seul celui qui a souffert directement du dommage causé par l'infraction est recevable à agir (article 2 CPP). Seule l'UNAF est habilitée à exercer, en vertu des dispositions de l'article L. 211-3 du code de l'action sociale et de la famille, l'action civile relativement aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels de la famille, y compris pour les infractions prévues par l'article 227-24 du code pénal.La loi du 25 septembre 1946

ouvrit à la SGDL, si le gouvernement est d'accord, un recours en révision contre les condamnations prononcées pour outrage aux bonnes m?urs par la voie du livre. Cette disposition permettra un seul procès en révision pour réhabiliter Les Fleurs du mal. Si le poème comporte « certaines peintures ayant pu alarmer à l'époque de la publication quelques contemporains [?] l'offense [?] n'ayant été ratifiée ni par l'opinion publique, ni par le jugement des lettrés, les écrits incriminés [sont] manifestement d'inspiration probe » 64. Le problème est dans le « quelques » et dans le « probe », chacun s'en sera rendu compte. Car c'est bien au nom de la lecture de quelques-uns qu'un procureur a pourfendu ces poèmes avec succès. Et ce ne sont que quelques associations qui mènent, au nom de la défense des enfants une véritable inquisition, une croisade contre les artistes, qui demandent à la fois une sanction pénale et une interdiction du ministre de l'Intérieur.Quant à la probité du poète, de quoi s'agit-il ? Pourquoi ne pas justifier sa réhabilitation par sa liberté plutôt que par sa prétendue soumission à la loi ? Hypocrisie, quand tu nous tiens? La liberté des auteurs, des créateurs, nous est aussi indispensable que la liberté d'aller et venir : toutes les armes laissées imprudemment dans la main d'un ministre de l'Intérieur ou de quelques lecteurs ou spectateurs courroucés (quand ils ont lu ou vu les ?uvres, ce qui n'est pas toujours le cas) doivent être déposées, car elles constituent un danger et une menace réelle pour la démocratie.S'il reste un seul lieu où l'insécurité est légitime, c'est bien dans le c?ur des ?uvres, et dans cette relation très étrange entre l'?uvre et son ?regardeur?. Que ceux que l'art dérange ferment les yeux, et laissent ceux qui grandissent et apprennent grâce aux ?uvres continuer leur chemin spirituel et sensuel.

Auteur(s) :

Agnès TRICOIRE - Avocat au Barreau de Paris Spécialiste en propriété intellectuelle

Notes de bas de page :

2. Henri Leclerc, « Les principes de la liberté d'expression et la cour européenne des droits de l'homme », Légipresse1999 II p. 145.

2. Bernard Joubert, Anthologie érotique de la censure, La Musardine 2001,p. 49.

4. Tribunal correctionnel de la Seine 20 août 1857, cité par Hamelin D. 1949chron p. 41.

5. Cf. entre autres, car la presse a abondamment traité le sujet, dossier dansLibération4 octobre, et Le Monde13 octobre 2002.

6. Lebreton, Libertés Publiques et Droits de l'homme, 5e éd., Armand Colin2001 p. 175.

7. Jean François Thery, Pour en finir une bonne fois avec la censure, Cerf 1990p. 21.

8. Jean Mazars, Conseiller à la Cour de Cassation, « La Liberté d'expression,la loi et le Juge », in Rapport Cour de Cassation2001 p. 173. 8. Sous Crim 16 mars 1959, Dalloz1959, J 346.

10. René Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien 10e éd. 2002p. 509.

11. CE Ass. 20 mai 1985, Labbé et Gaudin, p. 157, D. 1986, p. 12 noteGriensbeck.

12. InGilles Lebreton, Liberté publique et Droits de l'Homme, Armand Collin,5e édition 2001, p. 447.

13. Cité par Bernard Joubert, in ibid. p. 341.

14. 17 déc. 1958, Dalloz1959 J p. 175. 14. JCP1974 II 17642.

16. Tribunal Administratif de Paris 18 octobre 1989, JCP90-4-250.

17. CE 30 janvier 1980 Rec. p. 53

18. CEDH, 25 juin 2002, Légipresseoctobre 2002 III p. 159 note H. Leclerc.

19. CE 17 avril 1985, Rec 1985 p. 100.

20. CE 9 juillet 1997, D.1998 p. 317, Note E. Dreyer.

21. 7 déc. 1976, Berger 1117, voir sur ce point H Leclerc, précité p. 147. 21. Légipresse2001 III, p. 169.

23. Crim. 15 juin 1972, Bulletin crimineln° 208 p. 542.

24. Le Monde, 7 juin 1969.

25. Daniel Bécourt, « Le nouveau régime de l'interdiction des livres et des publications», JCP1967, I, 2127.

26. CE 29 juillet 1994 : Légipresse1995, n° 118, III p. 7. 26. Libération4 octobre 2002.

28. Dépêche AFP du 8 octobre 2002.

29. Le Figaro12/13 octobre 2002 et Libération12/13 octobre 2002.

30. Dans ce sens, E. Dreyer, Droit de la Presse, Litec 1996 fasc 80 p. 33.

31. Gilles Lebreton précité p. 449.

32. F Gras sous CE 29 juillet 1994, Légipresse1995 n° 118 III p. 12.

33. Séance du 3 octobre 1991, Sénat, débats parlementaires p. 2652.

34. In Droit Pénal Spécial, Michèle-Laure Rassat, Précis Dalloz, 1997, p. 554n° 565. 34. Crim, 23 août 1994, Bulletin criminel n° 291 D.1994 IR 221.

36. Sénat, séance du 30 octobre 1997 Journal officielp. 3145.

37. Pascale Urbansky, Droit de la Presse, Litec fasc 275 p. 4.

38. In ibidp. 7.

39. Blin, Chavanne et Drago, Traité du Droit de la Presse, Paris 1969.

40. Crim. 26 juin 1974 Bull. n° 241 p. 616.

41. Crim. 25 janvier 1979, JCP 1979 II 19136, Revue Sciences Crim. 1979,p. 931 obs. Levasseur.

42. Frédéric Gras, Droit de la Presse, Litec, Fasc 280 p. 4, voir ses développementssur les travaux parlementaires, in ibid.

43. Cf. débats parlementaires et notamment le Rapport Jolibois, JOS 7 juillet1992 p. 2486.

44. Mazars précité p. 184.

45. Trib. correct. Paris 17e ch. 12 juin et 12 septembre 1997, Légipressen° 148,janvier-février 1998, III, Note Chamagne et Cour d'appel de Paris 11 mars 1998D.1998 IR 131 qui confirme le jugement du 12 septembre 1997. 45. Crim 28 sept. 1999 D.2000 AJ p. 60, Observations Joseph Faddoul.

47. Le droit d'auteur et le droit voisin, Dalloz 1999, 2e éd. p. 125 n° 4.111.

48. Légipressen° 171, mai 2000 III p., Commentaires E. Dreyer.

49. Edelman, D.1997 chron. 195.

50. 25 avril 2002, Bonnet et autres c/ Flammarion et Houllebecq Légipressen° 192 juin 2002 I p. 76. 50. Voir sur ce point la critique de la faculté de juger de Kant, Folio ; Au nomde l'art, Thierry de Duve, Minuit 1989 ; L'assujettissement philosophique del'art, Arthur Danto, Seuil 1993.

52. Affaire Otto Preminger Institut c/ Autriche A 295 A du 20 septembre 1994.

53. Voir critiques de Marie-Claude Fayard JCP1973 2 n° 17305.

54. Trib. correct. Paris 17e ch. 11 sept. 1997, in ibid Légipressen° 148, 1998, I, 7.

55. CA Paris, 11e ch., sect. A, 11 sept 1989, Droit pénalfévrier 1990 n° 48 ;14 décembre 1994 in ibid avril 1995 n° 90.

56. CA Paris 9 février 1995, in ibidavril 1995 n° 90.

57. Rassat, Droit Pénal spécial, Dalloz p. 563.

58. Frédéric Gras in Droit de la presse, Litec Fasc 280 p. 13.

59. Cités par F. Gras in ibidp. 8.

60. Rassat, in ibidp. 555.

61. Genevoix, CE 13 juillet 1979, G.P.21 mai 1981 p. 3. 61. Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieuressur la pornographie, 24 septembre 1993, PE 204, 502.def

63. Louis Boré, Jurisclasseur Procédure Pénalefasc 30, p. 13.

64. Légipressen° 148-III, p.3.

65. Crim. 31 mai 1949 : Bull. crim.n° 203, D 1949.348.