

La liberté de création littéraire et l'exception de fiction

Le MOTif – Observatoire de la liberté de création

15 octobre 2009

Quelques considérations générales et deux applications pratiques pour cerner juridiquement la notion de fiction

*Par Agnès Tricoire,
Avocat à la cour,
Responsable de l'Observatoire de la liberté de création*

Je tenterai ici de repérer quels sont les apports de la narratologie qui permettraient d'étayer en droit de l'exception de fiction, et de la distinguer d'autres types de discours qu'à l'observatoire, nous avons dénommés argumentatifs. Je montrerai ensuite comment, dans deux cas concrets, soumis aux tribunaux, ces distinctions sont ou non opératoires.

J'entends l'objection qui reproche à l'argument de la fiction, comme exception à la censure des œuvres, de ne pas rendre compte du statut des œuvres non fictionnelles, mais je suggère que, dans la mesure où il devrait être acquis depuis longtemps que l'œuvre de fiction soit libre, on s'essaie à le justifier sur le plan juridique de façon à ce que ce point soit, à tout le moins, acquis. J'ajoute que la poésie me semble, sur le plan juridique, devoir relever du même statut que la fiction, et non pas de celui des discours argumentatifs.

Enfin, l'autre position revient à défendre que tout type de discours soit parfaitement libre, ce qui n'existe dans aucun pays au monde, et pour tordre le coup à l'idée que les Etats-Unis seraient un eldorado de la liberté d'expression, je renvoie au mémoire de Vincent Demeusoy qui est publié sur le site de l'Observatoire de la liberté de création¹.

I - Quelques considérations générales et distinctions opportunes pour cerner juridiquement la notion de fiction

Sens et dénotation (vérité)

¹ Censure et liberté d'expression dans le domaine de la création aux Etats-Unis d'Amérique, <http://www.ldh-france.org/-Debats>

On sait depuis Gottlob Frege² que sens et dénotation se distinguent. Le sens d'un discours de fiction ne renvoie pas nécessairement à une dénotation, c'est-à-dire qu'il n'est pas un référent du réel. Le sens devrait suffire, dit-il, à qui ne recherche pas la valeur de vérité du discours, mais se contente de la pensée. La valeur art est même en contradiction avec la valeur vérité, car elle suscite le plaisir : « A vouloir en chercher la vérité, on délaisserait le plaisir artistique pour l'examen scientifique », dit Frege. Voilà donc posés deux registres de lecture, le sens sensuel, et le sérieux de la recherche de vérité.

On peut considérer que le plaisir de la seule pensée déconnectée de la valeur vérité est la clé de voute de l'intelligibilité de l'œuvre d'art en tant qu'appartenant à un champ autonome, et qu'elle constitue une réponse à la censure, laquelle postule l'examen de l'œuvre au regard de la valeur vérité, ou de la valeur « réel », que je mets ici entre guillemets.

Pourquoi ? Si « la réalité est la représentation commune, dans la langue, du réel », comme le dit Bertrand Leclair, si la vérité « *toute belle et toute intellectuelle* », revendiquée par Vigny³, celle de la fiction, est non le Vrai (le réel), mais sa représentation, alors la vérité ou le réel sont, dès lors qu'ils sont utilisés au singulier, des postulats qui dissimulent leurs subjectivité en prétendant à l'objectivité de l'unicité.

La censure, quand elle s'attaque aux œuvres de fiction, serait donc doublement paradoxale :

- en ce qu'elle parle au nom d'une valeur qui est elle-même une représentation de cette valeur,
- en ce qu'elle prétend être capable d'identifier la vérité de la fiction, pour la confronter la vérité du réel.

Fiction et croyance

Dans *Sens et expression*⁴, John R Searle se demande pourquoi le discours de la fiction se distingue de l'usage habituel des mots, et quel est son statut logique. Son objectif est d'examiner les différences entre énonciations de la fiction et énonciations sérieuses⁵. La fiction modifie ou suspend les règles sémantiques, celles qui permettent de comprendre le

² Article de 1892, publié in *Écrits logiques et philosophiques*, trad. et présentation Claude Imbert, Seuil 1971, p 108-109

³ Réflexions sur la vérité dans l'Art (publié en préface à Cinq Mars, dans la 4ème édition de 1829, avec la mention contestée écrit en 1827) Folio Classique 1999 p 21-27

⁴ Minuit, 1992

⁵ P. 103

sens de l'énoncé, affirme Searle. On saisit évidemment l'importance de cette distinction pour justifier de l'exception juridique pour la fiction.

Comment cette suspension est-elle possible ? Comment opère-t-elle ?

Si la formule de Coleridge, poète contemporain d'Austen, la suspension volontaire de l'incrédulité ou de l'incroyance⁶, montre que la lecture relève d'une décision, cette décision revient à considérer la fiction comme un objet de croyance, ou de foi. Elle accrédite l'idée, qui est aussi celle de la censure, de l'identification, du transfert, postulat qui permet à la censure de s'exercer, laquelle censure met en cause cette identification comme dangereuse par son effet de contagion. Si l'attitude du lecteur est de croire, et si sa croyance peut l'influencer durablement, alors, on peut douter du retour au réel, par lequel le lecteur, cessant de croire ce qu'il s'est donné à croire, remettrait à distance l'œuvre de fiction. Cette question est toujours d'actualité et toujours en débat. Or pour Searle, la fiction est non sérieuse, non littérale. Pour lui, le romancier ne croit pas réel le fait qu'il imagine et qu'il écrit, et il n'espère pas le faire sérieusement croire à son interlocuteur. Le pacte de fiction, suggéré par Coleridge se transforme avec lui en suspension volontaire de la crédulité : « mes antennes d'incrédulité sont beaucoup plus sensibles à Dostoievsky qu'elles ne le sont au San Francisco Chronicle ».⁷

Encore faut-il le démontrer et ne pas se contenter de concepts tous faits, comme la mimésis, dit-il avec beaucoup d'humour. Voici comment.

Fiction et vérité

Dans un discours de non fiction, le locuteur répond de la vérité de ses assertions, il doit pouvoir prouver qu'elles sont vraies, et y croire (être sincère). Ce sont bien ces règles qui sont utilisées en droit lorsqu'un journaliste est accusé de diffamation. Il doit rapporter la preuve de la vérité de son discours, et sa bonne foi, qu'il doit démontrer, équivaut à l'exigence de sincérité. Si ces conditions sont remplies, et sous réserve d'exceptions pour lesquelles ces critères sont inopérants (l'atteinte à la vie privée par exemple), son expression est libre.

Dans un discours de fiction, en revanche, l'auteur n'a pas à démontrer la vérité de ses assertions, qu'elles soient vraies ou non⁸, ajoute Searle, affirmation qui est pour nous d'une

⁶ « *il fut convenu que je concentrerais mes efforts sur des personnages surnaturels, ou au moins romantiques, afin de faire naître en chacun de nous un intérêt humain et un semblant de vérité suffisants pour accorder, pour un moment, à ces fruits de l'imagination cette suspension consentie de l'incrédulité, qui constitue la foi poétique* ». Samuel Taylor Coleridge *Biographia Literaria* chap.. 14 p 314, éd. H.J. Jackson, Oxford, 1985

⁷ P. 104

⁸ P. 106.

grande importance. Sa sincérité n'est pas pas questionnable, au sens où il lui appartient de croire ou de ne pas croire en ses fictions.

L'identité des formes entre fiction et non-fiction

Searle réfute que les mots de la fiction aient un sens différent de leur sens ordinaire, car alors on devrait à chaque livre apprendre un nouveau langage (ce qui, en revanche est vrai pour la philosophie, qui de ce point de vue est très romanesque pour une juriste, mais comme la réciproque est vraie, et que ces deux langages ne sont pas ordinaires, cette réflexion ludique n'est là que pour abonder dans le sens de Searle).

Il n'y a pas de différence ontologique entre les actes illocutoires sérieux et fictionnels. Ce qui est très ennuyeux pour le juriste qui sait qu'il est beaucoup plus facile d'utiliser des critères objectifs (comme le passage à l'acte) que des critères intentionnels (comme l'intention de commettre l'acte). Ici, le juriste cherche à prendre Searle en défaut, et il va lire ailleurs : mais il se doit, avec l'objectivité qui caractérise le juriste, de constater que Gérard Genette confirme : il n'y a pas de différence *a priori* de régime narratif (pas de différences formelles), entre fiction et non fiction, du fait notamment que les genres changent de normes : « les formes narratives traversent allègrement la frontière entre fiction et non fiction ».⁹

Searle a donc raison quand il affirme qu' « *Il n'y a pas de propriété textuelle, syntaxique ou sémantique qui permette d'identifier un texte comme œuvre de fiction* », ce qui semble détruire l'espoir que nous avions mis dans la philosophie pour justifier objectivement l'exception de fiction.

Mais une lueur renait quand il affirme qu' « *aucun de nous n'éprouve de difficulté à reconnaître et à comprendre les œuvres de fiction* ». Si la différence est accessible à *nous*, donc à tout le monde, le juriste devrait pouvoir y arriver.

Mensonge et feintise partagée (autrement dit, vérité et fiction)

Searle montre une différence génétique qui relève de l'intention et caractérise l'acte de création : l'auteur de fiction feint de faire une assertion, et sa feintise n'est pas une tromperie ou un mensonge.¹⁰ La feintise de l'auteur de fiction consiste à produire réellement des

⁹ Fiction et diction, p. 89-93.

¹⁰ p. 108-109

phrases : « l'acte illocutoire est feint mais l'acte d'énonciation est réel », dit Searle.¹¹ Mais les règles de connexion entre les mots et le monde sont modifiées par un ensemble de conventions qui les suspendent. La fiction n'est pas donc un mensonge, car elle n'est pas faite dans l'intention de tromper. L'ontologie de la fiction peut donc s'énoncer ainsi : la feintise est partagée.¹² Ou partageable, ce qui n'est déjà pas si mal.

Les éléments référents du discours de fiction, ceux qui paraissent relier le discours au réel, sont des actes feints de référence lorsque ces éléments se donnent l'apparence de la réalité sans en être, par exemple quand l'auteur invente un nom patronymique pour un personnage. Peu importe que le personnage, dont l'auteur affirme qu'il a fait ceci ou cela, qu'il se nomme untel, ait existé. Les éléments référents peuvent tout aussi bien être parfaitement justes : le Paris du *ventre de Paris* existe en réalité. Mais, ajoute Kate Hamburger, le Paris d'un roman n'est pas le Paris réel. Pour suivre Genette, disons que le tout fictionnel englobe les référents inclus dans la fiction. Voilà une idée décisive pour le juriste : si les éléments référents sont déréalisés par la fiction, alors la liberté de création est intacte.

« Quel est le critère de ce qui relève et de ce qui ne relève pas de la fiction », se demande alors Searle¹³ ? Si l'assertion réfère à la réalité, l'auteur est susceptible de répondre de son « erreur ». Il peut en commettre, ce qui n'influe pas sur la possibilité de l'ontologie de la fiction ou « tout est admis », mais sur sa « plausibilité »¹⁴ : la cohérence est fonction du pacte de fiction, c'est-à-dire de l'ensemble des conventions utilisées par l'auteur et qui sont connues du lecteur, conventions sont distinctes de celles vont du fait énoncé dans la fiction à la réalité. Les conventions entre l'auteur de fiction et le lecteur varient selon le genre littéraire, et sont plus efficaces à suspendre le lien à la réalité dans un roman de science fiction que dans un roman naturaliste, dit Searle.

Retenons que l'auteur de fiction offre une œuvre plausible, mais pour autant elle n'est pas crédible.

Le réel de la fiction

Searle distingue dans le roman les assertions sérieuses des assertions feintes et prend l'exemple d'une considération générale assumée par le narrateur dans la fiction, dont il prétend qu'elle est sérieuse, sans en justifier.

¹¹ p. 111

¹² P. 115

¹³ P. 116

¹⁴ P. 117

Ainsi, le fait pour un auteur de faire tenir à son narrateur un propos général, un commentaire sur le monde, n'est pas, pour Searle, fictionnel, et il prend en exemple une phrase sur la famille au début de *Guerre et paix*. Qu'il interprète comme la pensée de Tolstoï, et non du narrateur du roman, ce qui n'arrange pas nos affaires, puisque la censure est en partie basée sur le même présupposé qui consiste à faire assumer à l'auteur ce que dit son œuvre (jusqu'à retenir sa responsabilité). Mais dans le même temps que Searle affirme que l'œuvre de fiction peut contenir des propos non fictionnels, il renvoie à la distinction entre l'œuvre de fiction et le discours de la fiction. Il introduit alors une définition du message de la fiction, qui nous semble opératoire et qui nous paraît contradictoire avec l'assertion précédente : « Presque toutes les œuvres de fiction marquantes transmettent un « message » ou des « messages » qui sont transmis par le texte, mais ne sont pas dans le texte», sauf les morales des contes ou les auteurs « pesamment didactiques »¹⁵.

L'importance du contexte

Dans un autre chapitre de Searle sur le sens littéral¹⁶, qui ne se rapporte pas spécifiquement, contrairement au précédent, à la fiction, Searle démontre que l'on ne peut interpréter une phrase hors contexte. Il conteste qu'il existe un contexte zéro ou nul qui permettrait de déterminer un sens littéral. Alors, précisément, la fiction est toujours un contexte non zéro dont on ne peut faire abstraction. La décontextualisation à laquelle il procède lui-même à propos de ce qu'il qualifie d'assertion sérieuse, la phrase du narrateur sur la famille au début de *Guerre et paix*, est-elle, dès lors, légitime ?

Le deuxième argument qu'il utilise contre le sens littéral est tout aussi transposable : « notre compétence sémantique, notre compréhension du sens des phrases, serait impossible sans un ensemble d'assomptions d'arrière-plan déterminant dans quels contextes chaque phrase trouve une énonciation appropriée ». ¹⁷ Fort bien, mais alors, précisément, le contexte fictionnel, fondé sur un ensemble de règles destinées à suspendre la crédulité du lecteur, doit nécessairement être pris en compte pour juger des assertions apparemment sérieuses dans le discours de fiction, celles qui seraient apparemment destinées à sa croyance, mais apparemment seulement, sous peine de valider des interprétations littérales décontextualisées.

Une illocution, sérieuse ou non, ne peut être comprise que dans son contexte, celui-ci comprenant à la fois le texte dans lequel l'assertion s'inscrit, mais aussi les conventions de

¹⁵ P. 118

¹⁶ in ibid. p 167 à 188

¹⁷ P. 167

lecteurs conclues entre auteur et lecteur. Dès lors, extraire une phrase apparemment sérieuse d'une fiction pour la déclarer effectivement sérieuse nous semble être un exercice périlleux, puisque cette extraction fait abstraction du rôle de l'assertion apparemment sérieuse dans la fiction elle-même. Décider de présumer que l'intention de l'auteur est d'avoir parlé sérieusement dans le cadre de cette assertion et non sérieusement par les autres assertions ne relève-t-il pas au mieux de l'interprétation, au pire du procès d'intention ?

La difficulté de la transposition de ce système en droit est qu'il repose sur l'intention qui est, en droit comme en littérature, ce qu'il y a de plus difficile à qualifier, surtout si on l'examine *per se*. Aussi, je tenterai de revenir sur l'affirmation selon laquelle la fiction ne serait pas reconnaissable à des qualités objectives de l'œuvre.

Fiction, réception et passage à l'acte

S'il était possible de reconnaître une fiction à des qualités objectives, alors, il serait possible d'admettre que ces qualités qui la singularisent ont un effet qui leur est spécifique sur la réception. C'est sur le terrain même de la censure en tant que théorie de la réception des œuvres qu'il faut argumenter.

L'affirmation de la contagion du discours de la fiction est majoritairement utilisée pour censurer ou poursuivre pénallement les œuvres (au nom de la protection de l'enfance, de la protection de la morale et de l'ordre public, de la lutte contre les discours discriminants et racistes...).

L'argument des censeurs est la force de persuasion de la fiction : Flaubert encourage les femmes à tromper leur mari, Baudelaire excite physiquement le lecteur, tel livre montre un crime. Tous ces passages au réel ne sont pas des passages à l'acte. Ils ne sont pas de même nature. Les deux premiers relèvent du rôle édifiant de l'œuvre, en tant qu'elle donne à penser (le paradoxe du censeur est de reconnaître l'œuvre comme agissante, tout en le contestant) : l'argument est utilisé pour protéger la jeunesse. Je propose ici faute de temps de nous concentrer sur le troisième : l'œuvre comme inspiratrice du crime. L'argument est utilisé pour tenter d'interdire la représentation d'enfants abusés sexuellement. La lecture d'un roman peut-elle encourager au passage à l'acte pédophile ?

1er argument : qui poursuivre ?

La réalité de nos sociétés régulées est d'autoriser et d'interdire. Les exemples de fraudes sont très nombreux, et abondamment décrits, jusque dans les moindres détails, par la presse. Il

n'y a donc aucune raison d'attribuer à un roman ou à un film le passage à l'acte alors que des exemples de crimes pédophiles emplissent les médias. Quant à la manière, si l'on veut reprocher à une œuvre de l'avoir inspirée, alors, il n'y a aucune raison de ne pas poursuivre également en co-responsabilité tous les faits réels qui précédent l'œuvre et qui ressemblent dans leurs modalités au fait fictionnel qui relève de l'imagination. Et toute la presse qui les relate abondamment. L'argument n'est pas neuf, Baudelaire et Zola le relevaient déjà contre la censure.

Il est alors très difficile d'identifier la fiction comme cause du passage à l'acte, ou, comme ayant donné l'idée de l'acte. Mais pas seulement difficile. Le postulat me semble infondé.

2ème argument : que poursuivre ?

Si la fiction est susceptible de pousser à l'acte, alors, il n'y a pas de raison de se limiter à poursuivre certains types de déviances, mais toutes les déviances, comme tente de le faire la loi de 1949 sur le livre, dont je rappelle le début de l'article 2 : 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 crime ou délit, ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse*"...

3ème argument : quelle identification ?

L'argument de l'identification du lecteur aux comportements répréhensibles de personnages comme source de confusion entre fiction et comportement dans la réalité est incohérent. S'il n'y a pas de définition sémantique de la fiction, et ici Shaeffer rejoint Searle, les fictions suscitent un usage spécifique de leurs représentations.

Dans *Pourquoi la fiction*¹⁸, Jean Marie Schaeffer décide de contrer l'idée selon laquelle la fiction serait potentiellement dangereuse car elle agirait par contamination affective et non par persuasion rationnelle¹⁹. Il définit la spécificité de l'état d'immersion comme illusion référentielle, illusion dont on sort sitôt le livre refermé.

Il distingue immersion fictionnelle et identification du lecteur qu'il récuse, sans pour autant gommer les réactions de l'affect face à l'œuvre fictionnelle. Comment fait-il ?

¹⁸ Seuil Poétique 1999

¹⁹ P. 43

- l'immersion fictionnelle produit une inversion entre perception du réel et activité imaginative, la seconde prenant le pas sur le premier²⁰
- le monde réel n'est pas aboli, les deux mondes coexistent, et cette coexistence est nécessaire pour que le récepteur puisse comprendre les représentations, en réactivant le répertoire des représentations connues
- l'immersion fictionnelle fonctionne par boucles rétroactives, ou autostimulation : « elle se nourrit des attentes qu'elle crée elle-même »
- elle est saturée d'investissement affectif. Shaeffer ne nie pas que l'affect est lié à la capacité d'empathie, mais pose qu'un affect fort peut être déclenché par une représentation de paysage peint. Il faudrait du temps, plus de temps que nous n'en avons ici, pour discuter ce point.

Ensuite²¹, Shaeffer montre comment dans l'immersion, le spectateur accède aux représentations avant qu'elles ne soient traduites en croyances, et comment il les neutralise en bloquant non leur perception mais leurs effets : le spectateur ne se met pas à intervenir comme les enfants devant Guignol, contrairement à ce qu'affirme Blandine Kriegel²², parce qu'il est capable de se rappeler que tout cela est pour de faux, même si ça fait peur. Si les réactions courtes (pulsions) ne sont pas bloquées, les réactions longues le sont, celles qui relèvent de la réaction consciente.

On peut donc imiter plus tard, en sachant qu'on imite une fiction (comme la jeune fille qui imite une chanteuse devant sa glace, ou le petit garçon qui joue à la guerre avec ses petits soldats ou sa gameboy) mais on peut tout aussi bien décider non d'imiter mais de faire : la décision du passage au réel n'est pas liée à l'immersion, qui est nécessairement contemporaine du temps de l'œuvre, mais soit à une décision qui est postérieure au retour au réel du lecteur, soit à une identification pathologique, qui n'est pas spécifique à la fiction. Certaines se prennent pour Napoléon, Napoléon a existé, faut-il interdire Napoléon ?

Si l'œuvre est source de connaissance, la mise en pratique de cette connaissance n'est pas du ressort de l'œuvre mais du lecteur, et elle marque une déviance (que Schaeffer qualifie de défaut d'imagination) qui ne peut servir de règle pour tous. La censure qui prétend défendre les faibles (les femmes, les enfants, les fous) fait comme si nous étions tous des pervers, ce en quoi elle est inadmissible.

²⁰ P. 180 et s.

²¹ P. 190 et s

²² <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/024000584/index.shtml>

Proposition de définition de la fiction :

1. la liberté d'interpréter

Schaeffer affirme qu'il faut « reconnaître l'autonomie de la capacité imaginative en tant qu'activité mentale spécifique, et donc aussi l'autonomie des processus mimétiques ludiques ».²³ Je suis évidemment d'accord, mais en tant que juriste, je dois être capable d'identifier ce qui ressort de la capacité imaginative, c'est-à-dire son produit, c'est-à-dire la fiction. Dans cette première définition que je vais en donner, je pourrais tout aussi bien dire l'œuvre que la fiction.

De la liberté laissée au spectateur, peut-on déduire une qualité constitutive, de la fiction ? Je le crois et je propose de la définir ainsi : la fiction n'impose pas, elle propose. Les comportements qu'elle décrit ne sont pas proposés en tant que « modèles à suivre », comme ils le seraient dans un discours publicitaire, moral, ou pesamment didactique, comme le dit Searle, mais comme « un des mondes possibles ».

2. Message de l'œuvre et message dans l'œuvre

Je propose de distinguer entre idée dans l'œuvre (au sens ici de message) et idée de l'œuvre (celle qui constitue l'œuvre et trame sa forme). Je souhaite mettre en parallèle cette distinction avec l'assertion de Searle : « Presque toutes les œuvres de fiction marquantes transmettent un « message » ou des « messages » qui sont transmis par le texte, mais ne sont pas dans le texte ». Searle ouvre ici la voie de l'interprétation et je crois qu'il faut l'ouvrir plus largement encore. Searle ne dit pas que l'œuvre ne délivre pas des messages littéraux, mais que ceux-là ne comptent pas pour faire œuvre. Je rappelle que Searle pense pouvoir distinguer dans l'œuvre les assertions feintes et les assertions sérieuses.

Je rappelle aussi que, de façon très prosaïque, celui qui doit juger l'œuvre selon les lois de censure, c'est un juge, un homme ou une femme qui en fera sa lecture selon sa propre interprétation, sa compréhension, sa culture. Si la règle de droit lui permet d'intruser la fiction pour l'analyser, et l'interpréter, voir la condamner, il faut que cela soit avec d'infinites précautions et garde-fous car la liberté d'accéder à l'œuvre et la liberté de créer sont en jeu. Si

²³ P. 41

son rôle est limité à vérifier qu'il y a bien fiction, alors, il peut faire son travail de juge sans (trop) risquer de tomber dans le piège de l'évaluation subjective de l'œuvre.

Je propose donc d'interpréter le postulat de Searle ainsi : contrairement au discours argumentatif, le message de la fiction, s'il y a message, n'est pas dicible par un seul d'entre nous, il ne peut être qu'un jugement de goût et non un jugement de vérité, une interprétation qui se propose à la discussion, et qui a vocation à être partagée, ou non, débattue, combattue. C'est par son autonomie, et par l'autonomie du jugement qu'elle suscite, que l'œuvre est essentielle à la démocratie et la fiction est un critère utile, pour le droit, de lui reconnaître l'espace de liberté dont elle a besoin pour s'épanouir.

II - Deux applications pratiques pour cerner juridiquement la notion de fiction

Je souhaite prendre deux exemples judiciaires de confrontation des œuvres au réel, en espérant que cela me permettra d'affiner la définition sommaire que j'ai suggérée plus haut. Je distinguerai deux hypothèses. La première est qu'une œuvre véhicule une idée choquante. La deuxième est que l'œuvre utilise une personne réelle pour en dire quelque chose qui choque cette personne réelle.

Analyse du cas n°I - Le personnage antisémite.

« *POGROM* », roman d'Eric BÉNIER-BURCKEL, publié par FLAMMARION (qui vient de signer avec Catherine MILLET), et dédicacé « *Aux Noirs et aux Arabes* », contient, selon Bernard Comment et Olivier Rolin, un « *vomissement antisémite* » de l'un de ses personnages.

Pourquoi ? C'est l'argument de la confusion : Pensée du personnage = pensée de l'auteur, au nom de la proximité biographique entre l'auteur et le narrateur « *Le Monde* » du 12 février 2005.

La saisine de la justice est décidée en haut lieu.

La loi du 29 juillet 1881 réprime les délits de provocation à la haine antisémite (article 24 8^{ème} alinéa de la loi de 1881), d'injure antisémite (article 33 alinéa 3 de la même loi).

1er principe : la liberté de création est plus large que la liberté d'expression.

Le Tribunal, le 16 novembre 2006, précise d'emblée le cadre de sa propre liberté d'interprétation des délits poursuivis, en définissant la liberté du créateur. Il affirme que la

liberté de création est plus large que la liberté d'expression : « *La création artistique nécessite une liberté accrue de l'auteur qui peut s'exprimer tant sur les thèmes consensuels que sur des sujets qui heurtent, choquent ou inquiètent* ».

A notre connaissance, c'est la première fois qu'une autonomie pénale de l'œuvre est ainsi affirmée. Le Tribunal explique en quoi les propos qui, s'ils étaient tenus dans la réalité, seraient passibles de la loi pénale, ne sont pas, en l'espèce, répréhensibles.

Le Tribunal commence par préciser que, pour être « accrue », la liberté de créer n'est pas pour autant absolue.

2ème principe : l'apologie n'est pas la représentation.

Le Tribunal affirme clairement le droit de représenter ces délits dans une œuvre, même si l'écrivain, après les avoir représentés, ne les dénonce pas « *ostensiblement* ».

Le Tribunal affirme ici le droit à l'immoralité dans l'œuvre ou de l'œuvre, apportant un démenti clair et longtemps attendu à la décision FLAUBERT du 7 février 1857²⁴ : les auteurs ont la liberté (et non le droit) de ne pas être consensuels, et peuvent heurter, choquer, inquiéter.

Application : Comment vérifier si l'apologie expresse et délibérée est constituée ?

3ème principe : Pour juger une œuvre, il faut la lire en entier.

4ème principe : Pour juger une œuvre, il faut juger sa réception.

Le Tribunal fait un bilan des réactions suscitées par l'œuvre, au motif que, s'il « *n'est nullement le juge de la valeur littéraire de l'ouvrage en cause* », il « *doit examiner la nature de celui-ci, ainsi que la portée des propos incriminés* ». Le Tribunal indique, ce qui est rarissime dans la jurisprudence, que si la réception constitue l'œuvre, sa diversité efface le crime, ou, tout au moins, montre qu'il ne peut y avoir aucune certitude sur la conscience de le commettre.

Ce jugement contient une conception enfin contemporaine de l'œuvre. C'est le spectateur qui fait l'œuvre, disait DUCHAMP. Dès lors, chacun s'en fait sa propre idée, ce qui rend

²⁴ Jugement du tribunal correctionnel de Paris, 7 février 1857, in Madame Bovary, Le livre de Poche 1983 p 540, Gazette des tribunaux du 8 février 1857

difficile la tâche du juge quand on lui demande de privilégier une interprétation plutôt qu'une autre.

Le privilège de la fiction, dès lors, n'est plus un privilège, mais une vertu ontologique de l'œuvre. L'impunité lui est consubstantielle. Sinon, il n'y a plus œuvre, mais communication, argumentation logique, toute forme d'adresse, de discours qui se risque à une interprétation dominante à laquelle l'œuvre résiste.

Ce jugement est tout à fait remarquable : rarement, on a vu une juridiction pénale confrontée à une œuvre abdiquer son autorité sur le jugement de goût.

5ème principe : Pour juger une œuvre, il faut juger sa nature.

Concernant la nature du texte, jugeant l'indication « roman » sur la couverture insuffisante, les juges de la 17^{ème} Chambre correctionnelle se livrent à une double analyse, celle de l'œuvre et celle de sa réception, pour vérifier sa nature romanesque.

Le Tribunal s'autorise ensuite de ce qu'il considère être un consensus de la part de l'auteur, de l'éditeur, et de la critique, pour affirmer que « POGROM » « *est bien une œuvre littéraire - définie par son projet, son contenu et son style - qui entre dans la catégorie du roman* ».

Dès lors, lui restait à examiner les passages incriminés dans leur portée.

Pour juger une œuvre, il faut juger la portée des propos et les mécanismes de la fiction.

6ème principe : Des propos de personnages sont fictionnels

Sur l'existence des mécanismes de la fiction, le Tribunal relève que le fait que les propos incriminés « *sont placés dans la bouche de personnages de ce roman* », et que « *les messages violents ou pornographiques poursuivis se rapportent à des comportements qui leur sont prêtés au cours d'une scène de zoophilie et de sodomie exposée en termes particulièrement crus* ». Ces propos ou ces faits ne sont donc pas réels, mais fictionnels.

7^{ème} principe : refus de l'argument biographique dans l'œuvre de fiction.

Le Tribunal, pour qualifier ces propos, refuse de procéder par comparaison avec des éléments biographiques de l'auteur, comme l'avaient fait les polémistes qui avaient contesté le statut fictionnel du roman : « *La notion même d'œuvre de fiction implique l'existence d'une distanciation, qui peut être irréductible, entre l'auteur lui-même et les propos ou actions de ses personnages ; une telle distance, appréciée sous le prisme déformant de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits* ».

À ce stade, le Tribunal affirme que 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 et délibéré : c'est la feintise ludique et partagée mise en lumière par Searle.

En l'espèce, le Tribunal considère que la haine du personnage antisémite d'Eric BÉNIER-BURCKEL est noyée dans un roman qui développe autant la haine de soi que de l'autre, mais surtout, que le lecteur a bien de quoi mettre à distance ces propos.

Rappelons le jeune Théophile GAUTIER dans l'éblouissante préface de « *Mademoiselle de MAUPIN* » : « *Il est aussi absurde de dire qu'un homme est un ivrogne parce qu'il décrit une orgie, un débauché parce qu'il raconte une débauche que de prétendre qu'un homme est vertueux parce qu'il a fait un livre de morale ; tous les jours on voit le contraire* ».²⁵

Le problème de la dédicace

Un détail a échappé à la poursuite et donc à la décision : la dédicace. Le principe de la dédicace est de n'être pas dans la fiction, elle est l'expression directe de la pensée de l'auteur en adresse aux lecteurs sans la médiation de la forme romanesque. Or c'était probablement le problème essentiel du livre, puisque la formule « *Aux noirs et aux Arabes* », encore que l'auteur prétende qu'elle soit liée à un précédent roman où ses personnages s'en prenaient aux noirs et aux arabes, est évidemment là pour provoquer et peut légitimement être interprétée comme instaurant une concurrence entre les victimes de racisme.

Il nous semble, sans parler de responsabilité pénale, que, sur le plan éthique, politique ou esthétique, l'auteur engage plus directement sa responsabilité dans la publication de la dédicace que dans celle de l'œuvre.

Analyse de cas n° II : l'œuvre vampire.

L'Enfant d'octobre, « roman », face à son « sujet », les époux Villemain

Le livre *L'enfant d'Octobre* de Philippe Besson mettant en scène les époux Villemain, personnes réelles et vivantes, et la mort tragique et violente de leur enfant Gregory, a fait l'objet d'une condamnation à la demande de Jean Marie et Christine Villemain pour atteinte à la vie privée et la diffamation.

²⁵ Folio Gallimard 1973 p 48

Sur la couverture de *l'Enfant d'octobre*, il est écrit « roman » et la note de l'éditeur sous le titre de la collection « *ceci n'est pas un fait divers* » affirme : « *Ce roman est à l'évidence inspiré de faits réels connus de chacun depuis plus de 20 ans. Toutefois la reconstitution romanesque effectuée par l'auteur doit mener à prêter à certains protagonistes des propos fruits de son imagination* ».

La position de l'auteur et celle, par voie de conséquence, du lecteur

Dans un affaire précédente, un romancier, Marc Weitzmann, était aller lire le dossier pénal chez l'avocat de Jean-Louis Turquin, et le TGI de Paris l'a approuvé d'avoir mêlé, dans ces conditions, les faits réels à sa fiction dans « *Mariage mixte* » : « *rien n'interdit à un écrivain de s'inspirer d'une affaire judiciaire particulièrement exceptionnelle au regard des aspects psychologiques et sociaux qu'elle révèle et de livrer au public sa propre vision des caractères et des circonstances qui en font le ressort.* »²⁶

Philippe Besson n'a jamais demandé l'autorisation aux époux Villemin pour écrire « *L'Enfant d'octobre* ». On peut concevoir qu'il lui eut été difficile de rencontrer les époux Villemin et de leur expliquer qu'il envisageait de remettre au goût du jour l'hypothèse de la mère matricide.

Si, de tous temps, les romanciers ont imaginé les vies intérieures de personnes rencontrées dans le réel, Philippe Besson va très loin en disant « *je* » en lieu et place d'un tiers qu'il désigne.

Contrairement à l'affaire Lindon, dans laquelle c'étaient des propos de personnages inventés qui avaient amené à la condamnation de l'auteur pour diffamation de Jean-Marie Le Pen²⁷, ce qui permettait à notre sens au lecteur de les mettre à distance, et aurait du conduire à la non condamnation, ici, les propos condamnés sont soit ceux du narrateur, soit ceux prêtés fictivement à Christine Villemin.

L'auteur utilise deux types de discours, le premier relevant du récit, contenant dates, noms, faits, le deuxième étant une narration à la première personne du singulier, en lieu et place de Christine Villemin. Ces passages sont clairement identifiables puisque ceux du premier type sont en caractères romains alors que les seconds sont en italique.

²⁶ TGI de Paris 17^e Chambre, 9 décembre 2002, Dalloz 2003, jur 1715 note Christophe Caron

²⁷ CEDH 22 octobre 2007, cf LP 255 octobre 2008 p 179 note A. Tricoire

Or, et c'est une originalité de cette affaire, Besson affirme devant la cour qu'il est le narrateur qui parle, refusant la distinction narrateur / auteur qui est pourtant acquise depuis Flaubert.

Pourtant le récit « objectif » contient, lui aussi, une part subjective, une part d'« invention », dont il lui est fait grief, comme la « tristesse secrète » attribuée à Christine Villemin, ou des inexactitudes qui lui sont reprochées, comme l'utilisation d'une phrase dite dans la réalité mais dé-contextualisée (ce qui lui donne un autre sens), ou encore l'interprétation du réel (scène du mariage).

Philippe Besson affirme devant la cour qu'il s'agissait là de son « opinion », et de « la restitution au public de l'analyse du personnage de Christine VILLEMIN (...), au travers de la lecture des propres écrits des époux VILLEMIN ». L'auteur revendique donc clairement une posture de commentateur de la réalité, et invoque non pas son imagination de romancier mais son analyse des faits. Il participerait du « débat d'intérêt général ».

La perversion du procédé littéraire par l'auteur : le sens de la forme

Le passage « *Imaginons* » qui annonce la scène du matricide du petit Gregory est situé entre deux monologues intérieurs, dans la partie du récit « objectif ». Ce *Imaginons* est donc une adresse du narrateur-auteur au lecteur, directe puisqu'en début de chapitre, et forte, le lecteur étant englobé dans ce « nous » collectif. Qu'est-il proposé au lecteur d'imaginer ? Christine Villemin, montrée comme calculatrice, matricide avec prémeditation, ayant joué la comédie et n'aimant pas son enfant, et enfin folle. Le *Imaginons* « nous » prend à témoin de cette hypothèse. C'est au nom de la réalité - du fait qu'elle a pu être, à l'époque, imaginée - que la scène du meurtre serait légitime, selon l'auteur.

Quand arrive la dénégation « *Je n'ai pas tué Grégory* », nous sommes dans ce monologue fictif et en italique. Ce démenti est, lui aussi, construit autour d'une adresse au lecteur, « *Imaginez* », se référant au calvaire que Christine Villemin a subi du fait de cette hypothèse qui l'a conduite en prison. Elle, la Christine Villemin du roman, prend le lecteur à témoin, à son tour. Philippe Besson indique que ce passage est « un retour à la réalité ». Mais il est inclus dans le monologue intérieur imaginaire dont les caractères italiques signalent, depuis le début du roman, son caractère de fiction, le lecteur étant ainsi averti que ce n'est pas la « vraie » Christine Villemin qui parle. Ce retour au réel n'est-il pas dès lors affaibli par l'endroit où il est situé, et par le style dans lequel il est exprimé ?

Par quoi l'on constate que l'auteur a lui-même perverti son procédé en le permutant : le récit « objectif » est devenu fictionnel, prenant en charge la description d'un meurtre qui n'a pas eu lieu, et le monologue intérieur fictif prenant en charge le retour au réel, l'innocence de Christine Villemin.

L'auteur joue ici un jeu pervers (ce terme étant ici purement descriptif et nullement moral) dans le rapport entre la réalité et la fiction, à un double titre : pervers au sens formel puisqu'il détourne les règles qu'il a posé depuis le début du livre, en faisant apparaître une hypothèse fictionnelle dans le corps du récit réaliste et en donnant à « sa » Christine Villemin, dans le discours intérieur qu'il lui prête, le rôle de rétablir la vérité. L'innocence est donc portée par un personnage de fiction qui porte le nom de l'ex-accusée. Sa parole est-elle crédible à ce double titre ?

Jeu pervers parce l'écrivain, lors de la sortie du livre, se pose comme l'avocat d'une innocence que lui seul remet en cause. N'a-t-il pas affirmé « plaider son innocence » dans une interview dans « Est Magazine » du 2 avril 2006, juste avant la sortie du livre, alors que plus rien de la mettait en cause ? Et il prétend devant la cour avoir dans la suite du livre démontré l'innocence de la mère. S'il la démontre, c'est donc qu'il reconnaît l'avoir mise à mal par cette scène qui est le clou du livre, ce que montre sa place centrale dans le roman.

Il nous semble que c'est cette ambiguïté qui tend à faire passer le vrai pour le faux et le faux pour le vrai, qui peut être interprétée comme génératrice de confusion pour le lecteur.

Si Besson avait été journaliste, il aurait commis ici une faute puisqu'il aurait livré en pâture dans la presse une hypothèse fausse.

Mais l'hypothèse n'est pas si irréelle que cela puisqu'elle a été soutenue par le passé, elle a donc « existé » et qu'elle peut encore être tenue comme « vraie » par ceux des lecteurs qui n'ont pas été convaincu par le non-lieu de Christine Villemin. Dès lors, tout ce qui dans l'ouvrage tend à étayer cette hypothèse abonde dans la possibilité pour le lecteur d'y croire.

Le lecteur peut-il se laisser prendre à ce jeu formel ? S'il y a une éthique de l'auteur, n'y a-t-il pas aussi une éthique de la lecture ? Les époux Villemin expliquent qu' « aux yeux du public français, Christine VILLEMIN reste celle qui « s'en est bien tirée », de sorte que faire montre d'humanité à son égard et plaider son innocence est toujours perçu (...) comme un véritable acte de bravoure. »

Il nous semble que ce n'est pas tant la scène du matricide, en soi, qui est problématique, que le contexte dans lequel elle est écrite, contexte dont Philippe Besson prend ici sa part en appuyant par des moyens formels à sa disposition d'auteur la croyance d'une partie du public à la culpabilité de Christine Villemin.

Sur l'atteinte à la vie privée

Pour se justifier de l'atteinte à la vie privée, l'auteur invoque, son analyse du réel, ses opinions, et le débat d'intérêt général. Il ne se situe donc pas dans la fiction, encore une fois, et n'excuse pas de son droit d'imaginer.

Quid s'il avait dit le contraire ? La cour y répond : « *le caractère pour partie romanesque d'un écrit ne saurait permettre à l'auteur d'utiliser au gré de son inspiration, sans l'accord des protagonistes, des éléments ressortissant de leur vie privée ; des intrusions dans l'intimité de personnes encore vivantes, qui répondent aux exigences artistiques voulues par l'auteur, ne peuvent, même si les événements vécus suscitent l'intérêt légitime du public, être justifiées par le droit à l'information ou à la contribution à un débat d'idées (...).*

La cour ne vérifie pas plus, puisqu'elle touche à la vie privée, insusceptible de débat, la fausseté arguée de ces inventions de l'auteur. Attirée sur le terrain du débat sur des éléments de preuve, par l'écrivain se réclamant d'une analyse objective de la réalité, elle s'y refuse et se garde bien de vérifier si la « *reconstruction romanesque* » à laquelle s'est livré l'auteur « *pour donner sa propre perception et pour prêter des sentiments et des émotions qu'ils n'ont pas eux-mêmes exprimés* » est ou non fictive. Elle laisse aux époux Villemain l'entièr responsabilité d'estimer que les inventions de l'auteur sont, ou non, fausses.

Intime et réel

Pourtant, si l'on prend acte des arguments des époux Villemain sur les passages accusés de porter atteinte à leur vie privée, ce qui est reproché au roman de Philippe Besson n'est pas tant la révélation de l'intime, mais le fait que cet intime ne soit pas conforme au réel. C'est l'invention, dès lors qu'elle est vécue comme fausse, déloyale, dénigrante, ou spéculative, qui leur cause un préjudice.

Le mari de l'écrivain Camille Laurens avait poursuivi sa femme pour avoir révélé dans *L'amour, roman*, des faits de leur vie intime en utilisant les vrais prénoms. Il fut débouté au motif que l'utilisation des prénoms ne suffit pas « *à ôter à cette œuvre le caractère fictif que confère à toute œuvre d'art, sa dimension esthétique, certes, nécessairement empruntée au*

*vécu de l'auteur mais également passée au prisme déformant de la mémoire et, en matière littéraire, de l'écriture ».*²⁸

C'est bien ce qui fait défaut ici. Si Philippe Besson avait invoqué le droit du romancier d'inventer à partir du réel, il aurait expliqué les mécanismes littéraires qui permettent la « déréalisation » des personnes au travers du prisme déformant de la fiction. Mais encore eut-il fallu qu'il expose en quoi les procédés littéraires utilisés par lui permettaient au lecteur de ne pas confondre réalité et fiction.

En d'autres termes, lorsqu'un écrivain invente des éléments qui ressortiraient s'ils étaient vrais de la vie privée, il ne révèle rien, il n'informe pas au sens objectif où l'on entend la notion d'information, puisqu'il invente. Ce qu'il ajoute au réel est une extrapolation à partir de ce réel, et vient, quand ce réel est constitué par une personne, opérer une sorte de brouillage dont, selon les moyens littéraires utilisés, le lecteur est plus ou moins dupe. L'écrivain rend toujours confuse la distinction entre le réel et la fiction. Le réel, quand il est constitué d'une personne, peut se plaindre de ce brouillage.

Reste que, du point de vue des victimes, la condamnation sur le terrain de la vie privée laisse précisément entière l'idée que les inventions pourraient être vraies. Paradoxalement, cette action qui veut protéger l'honneur et la dignité d'un couple qui a déjà subi la médiatisation de leur vie de façon terrible, ne les lave pas de ce qu'ils ont jugé insoutenable dans les ajouts à cette vie opérés par le romancier.

Dans ces conditions, pour dépasser la motivation paradoxale de la cour qui revient à affirmer que ce qui est le produit de l' « *inspiration* » de l'auteur ressortit de la vie privée des protagonistes, et pour préserver la liberté de la fiction, on pouvait imaginer une autre solution, sur le terrain de l'atteinte au nom et à la dignité.

Le fait d'inventer la vie d'autrui dans des termes qui portent atteinte à sa dignité rend difficilement évitable l'identification entre elle dans la réalité et les faits qui sont inventés par un auteur.

Ici, en tout état de cause, l'auteur lui-même revendique cette identification. Dès lors, nous sommes ici face à un usage très spécifique de la fiction dans la mesure où elle cherche à se faire passer pour vraie.

²⁸ TGI Paris, référé, ordonnance du 4 avril 2003, inédit

Si la dignité des époux Villemin est ici violée, c'est en raison précisément du déficit de fiction.

Philippe Besson utilise l'argument de la vérité de ses interprétations non pas à raison de procédés littéraires qui auraient transcendé la réalité, mais au nom de sa seule raison (ses opinions, ses analyses...). Il nous semble que c'est ici que l'auteur abandonnant le domaine du sensible et de la forme qui constituent l'œuvre littéraire, met en jeu la dignité des personnes réelles qui sont le sujet de son livre. Puisque ce qui leur est prêté est affirmé comme étant la vérité, alors, ils ne sont plus libres d'être ce qu'ils sont.

L'intrusion n'est pas dans leur vie privée mais dans sa transformation, avec cette circonstance particulière que, pour justifier de cette transformation, l'auteur ne revendique aucun travail formel qui permettrait au lecteur de prendre une attitude distante par rapport au réel.

En d'autres termes, il n'est pas ici question de littérature. Philippe Besson, devant la cour, utilise d'ailleurs pour qualifier son œuvre les mots « sobriété », « pudeur », termes moraux parfaitement antithétiques avec la démarche littéraire.

Il s'est enfermé lui même et de lui même dans une contrainte de respect du réel. Il ne peut donc se plaindre d'un procès au nom du réel. Il est comptable du respect de la dignité de ceux qu'ils a transformés en sujets de son livre, les prenant, tout comme le lecteur, en otage de cette transformation.