

238-20; 238-24

MOTS-CLÉS

Liberté de création, œuvre littéraire, fiction, roman

## QUAND LA FICTION EXCLUT LE DÉLIT

TGI de Paris  
(17<sup>e</sup> ch.)

16 novembre 2006

Ministère Public

c/ Bénier-Bürckel et a.

[...]

Sur les faits :

Attendu qu'Eric Bénier-Bürckel, professeur de philosophie et écrivain, avait déjà publié deux livres, *Un prof bien sous tout rapport* en 2000 – pour lequel il avait obtenu le prix Sade – et *Maniac* en 2002 ; que son troisième ouvrage intitulé *Pogrom* a été édité par la SAS (devenue SA) Éditions Flammarion et mis en vente à compter du 3 janvier 2005 ;

Que sur 3 500 exemplaires imprimés, 1 200 auraient été vendus, d'après les indications fournies à l'audience ; que la commercialisation de ce livre avait été provisoirement suspendue par l'éditeur à la suite de la polémique médiatique née de l'article de Bernard Comment et Olivier Rolin, « *écrivains et directeurs de collection au Seuil* », intitulé « Un livre inqualifiable » et publié dans le journal *Le Monde* daté du 12 février 2005 ;

Attendu que l'ouvrage *Pogrom*, répertorié en couverture comme roman, a pour personnage principal un homme de condition modeste, que l'auteur désigne sous la dénomination de « *l'inqualifiable* » ; que ce dernier, professeur de philosophie dans un lycée à Beauvais, accepte de vivre avec une femme riche appelée « *l'hôtesse* », chez elle, dans le 7<sup>e</sup> arrondissement de Paris, afin de pouvoir se consacrer à l'écriture d'un livre ; que tous deux s'entredéchirent ; que « *l'hôtesse* » critique et rabaisse sans cesse « *l'inqualifiable* » qui a de multiples aventures sexuelles avec d'autres femmes, comme l'aide-éducatrice du lycée et une élève de dix-sept ans ; qu'il éprouve des difficultés à écrire son ouvrage et à y faire passer son cri de destruction, de haine, de néant et de mort ;

Attendu que les passages incriminés sont regroupés à peu près au milieu de ce livre de 247 pages ; qu'ils se situent pour l'essentiel au sein d'un chapitre qui débute en page 135 et se poursuit d'un seul tenant sans paragraphes ni alinéas ; que « *l'inqualifiable a son vieil ami Mourad au bout du fil* » ; que Mourad lui avoue avoir des problèmes d'argent et lui propose un marché : « *il a une petite amie qui fait des trucs pas très catholiques pour pas cher* » ; que « *l'inqualifiable* » le retrouve le soir dans un squat à Saint-Ouen avec « *sa copine* », prénommée Rachel, et ses trois chiens, dénommés « *Pétain* », « *Drumont* » et « *Brasillach* », sur lesquels leur propriétaire se venge de son « *existence de merde* » ; que le héros pense que

« *Mourad est un brave type à la recherche d'un maître* », « *un brave chien* », « *pas méchant* » et « *con* » ;

Attendu que sont alors situés, en pages 138 à 141, les passages suivants, poursuivis sous la qualification de provocation à la, discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée :

« *Mourad dit qu'il n'aime pas les Juifs. (...) Qu'est-ce que ça sait faire un Juif en dehors de brailler qu'il mérite le respect parce qu'il fait partie du peuple élu ? Tout ce qu'il défend, lui, dit Mourad, c'est sa race, oui, sa race. Car elle court un grand danger sa race. C'est de l'histoire en voie d'extinction la race des Arabes, celle-là même qui donna naissance à l'une les civilisations les plus éclairées et les plus inventives de la planète. Un peuple sur le visage duquel on passe son temps à cracher, on ne peut l'empêcher, loi du talion oblige, de s'essuyer la figure en se raclant la gorge pour cracher à son tour sur la face de celui qui a sali son honneur. Voilà pourquoi Mourad n'existe que pour briser les reins de la saleté juive qui est à elle seule une insulte à la culture nord-africaine déjà défigurée par deux mille ans de judéo-crétinerie. Quand la race se sent menacée par une autre race, elle se cabre, elle entre en furie, elle n'a plus en tête que sa volonté d'éliminer celle qui veut saper sa lignée. On veut nous faire honte d'être Arabe ou Nègre aujourd'hui en France, mais pas Juif, surtout pas Juif, il a des arguments en or massif le Juif, les banquiers en savent quelque chose, de l'oseille plein les fouilles, des fréquentations exemplaires, des références partout dans le monde, un CV en béton, de quoi s'enorgueillir d'être circoncis. La République française agonise, n'en finit pas de tousser, de convulser, de crouler sous les tirs de mortier des communautarismes, elle crève sous le matraquage ininterrompu de tous les empaffés mégalomanes du culte de la pureté. On a raison d'être antisémite aujourd'hui. Le sionisme souille l'honneur et la dignité de la République comme il souille l'honneur et la dignité du peuple palestinien, dit Mourad. Il doit être anéanti. C'est trop facile de s'en prendre aux faibles. Tous les peuples élus le dégoûtent. On se proclame le saint délégué de Dieu pour justifier et légitimer en douce un pogrom. Ça les arrangerait, les Juifs, qu'on les débarrasse des Arabes, qu'on envoie tous*

ces chiens du désert sur la Lune, qu'on les satellise autour d'un beau trou noir dans la constellation de la Vierge, qu'on les massacre à coups de plutonium, eux qui ne sont ni plus ni moins que les hémorroïdes de l'univers. Ils l'auraient enfin pour eux seuls leur vénéré Proche-Orient. Et puis ils sont partout les Juifs, à la télé, à la radio, à la banque, sur Internet, la Bourse, la justice, la médecine, la culture. Pas un endroit où ils n'aient posé leurs immaculées fesses d'élection. Ils occupent toutes les places stratégiques, non? Et ils trouvent encore le moyen de se plaindre, comme s'ils n'en avaient pas assez de tout posséder. Les pieux martyrs déplorent en effet qu'on les trahisse encore, qu'on les veuille débités en tranches. Les Arabes, les Nègres, les Chinois, les Sioux. Tous les peuples contre eux. Tous les voyous de la planète. Tous les mauvais larçons. Qu'on a plein de meurtres dans les arrière-pensées. Qu'on n'en a pas eu assez de les faire cuire à Auschwitz, Buchenwald, Treblinka. Qu'on ne les aime qu'en cendres chaudes ou empalés sur des tombes profanées, avec plein de croix gammées peinturlurées sur la gueule. On les maltraite, on les martyrise, on les injurie. Eux, les élus, les abandonnés de la pureté, les arrières-arrières petits fils de Dieu, les consacrés de l'Alliance, les fidèles d'entre les fidèles, les seuls vrais confidents de l'Éternel. Ca ne leur est pas encore sorti de la tête le Génocide. Ils l'ont toujours en travers de la gorge. Ils le ruminent, ils le remâchent sur tous les airs, à toutes les crèmes, et bien haut, pour qu'on les plaigne. Il faut qu'on se souvienne de la façon dont on les a malmenés, déshonorés, dilapidés, disséqués à travers les âges, eux les génies incompris du Verbe. Ils le ressortent leur Génocide dès qu'ils sont peu ou prou suspectés, discutés, attaqués, sifflés par la communauté internationale. Comment ose-t-on s'en prendre à ceux qui ont tout perdu dans les camps? Ils ne supportent pas la contradiction. Ils ne souffrent pas la plus petite allusion à leurs bourdes. Il n'y a pas de couacs chez les Youtres. Impeccables qu'elles sont leurs partoches. C'est de la grande musique céleste applaudie par tous les anges du firmament. Les martyrs sont infaillibles. Avec la Shoah, les tenants de la race supérieure ont gagné dix mille ans d'immunité politique. Les Nègres et les Arabes, pourtant brimés tout au long de l'Histoire ont juste le droit de fermer leur gueule. Mais il est vrai que les bourreaux sont souvent plus à plaindre que les victimes : ce sont eux qui font le sale travail. Et ils s'étonnent qu'on veuille leur baisser le froc, les Juifs, les enculer de Paris à Vladivostok en passant par Berlin, Rome, Moscou, et même Cuba. Qu'on leur foute la paix. Qu'on les laisse gentiment massacrer les Arabes dans leur bout d'Eden. C'est le Juif qui a naturellement le dernier mot en Terre Sainte » ;

[...]

Sur les infractions :

Attendu qu'il est principalement soutenu en défense que la nature purement littéraire et de fiction de l'ouvrage incriminé conduit à exclure l'application des textes visés à la prévention, que d'autres éléments matériels des délits poursuivis ne sont pas établis, que l'intention exclusivement littéraire fait obstacle à la caractérisation de l'élément moral des infractions ; qu'est subsidiairement invoquée l'incompatibilité d'une éventuelle condamnation des propos litigieux avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en outre, Gilles Haeri fait valoir qu'il ne peut être poursuivi en application de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 dès lors qu'il n'a jamais été le représentant légal de la société éditrice et qu'il ne peut davantage être recherché comme complice, la société Flammarion SA, venant aux droits de la SAS Éditions Flammarion, sollicitant enfin et en tout cas sa mise hors de cause ;

Attendu que si l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en son paragraphe premier, reconnaît à toute personne le droit à la liberté d'expression en précisant que celui-ci comprend notamment la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, le texte prévoit, en son paragraphe 2, que l'exercice de cette liberté qui comporte 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, en particulier à la protection de la morale, de la réputation ou des droits d'autrui ;

Attendu, en outre, qu'en vertu des principes constitutionnels applicables devant toutes les juridictions, la libre communication des pensées et des opinions, consacrée comme un droit fondamental de l'homme, est susceptible d'être limitée par la nécessité de répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ;

Attendu que ce principe conventionnel et constitutionnel de la liberté d'expression doit être d'autant plus largement apprécié qu'il porte sur une œuvre littéraire, la création artistique nécessitant une liberté accrue de l'auteur qui peut s'exprimer tant sur des thèmes consensuels que sur des sujets qui heurtent, choquent ou inquiètent ; que la liberté de l'écrivain ne saurait cependant être absolue ; qu'en particulier, s'il ne peut impunément se livrer à l'apologie expresse et délibérée de crimes, comportements ou pensées unanimement réprouvés, il ne saurait être exigé de lui qu'il soit contraint à les dénoncer ostensiblement ;

Attendu que le tribunal, qui n'est nullement le juge de la valeur littéraire de l'ouvrage en cause, doit examiner la nature de celui-ci, ainsi que la portée des propos incriminés ;

Attendu qu'en page 235 de *Pogrom* l'auteur indique qu'« un livre doit exploser entre les doigts, cracher des échardes dans l'œil des tabous, prendre les conventions et la censure à bras-le-corps et leur broyer les os, sans quoi il est bon pour la poubelle » et en page 246 qu'« écrire, c'est se mettre hors la loi » ;

Attendu que dans sa lettre publiée le 21 février 2005 dans le journal *Le Monde*, en réponse à l'article du 12 février, Eric Bénier-Burckel explique notamment qu'il s'est livré à « une entreprise romanesque visant à explorer le Mal sous ses formes les plus extrêmes, et ce sans volonté de nuire à qui que ce soit, si ce n'est au Mal lui-même », qu'il « entre dans la peau d'individus que la morale réprouve (...) pour comprendre ce qui peut amener de telles créatures à basculer dans l'ordure sans l'ombre d'un remords », qu'il n'est pas le premier auteur à s'intéresser « à la figure du monstre » et que le rôle de l'écrivain est « de rappeler à ses contemporains qu'il ne suffit pas de tourner le dos (au Mal) ou de le condamner sans appel pour en venir à bout » ;

Attendu que lors de son audition par les services de police, comme à l'audience, il a insisté sur le caractère romanesque de l'œuvre, sur sa volonté de « provoquer chez le lecteur une forme de malaise et d'indignation », « d'aborder toutes les formes de haine », de mettre son « doigt là où ça fait mal » ;

Attendu que Gilles Haeri a de même déclaré que la publication de ce livre s'inscrivait « dans une logique purement littéraire » sans « aucun caractère idéologique ou politique » ;

Attendu que, si l'indication « roman » figurant en couverture ne peut, à elle seule, suffire à établir que l'ouvrage en cause relèverait de cette catégorie littéraire, il résulte tant de la lecture du livre, que des explications fournies par les prévenus, des déclarations des témoins à l'audience et de critiques parues dans divers organes de presse, comme de l'at-

testation rédigée par Frédéric Beigbeder, que *Pogrom* est bien une œuvre littéraire – définie par son projet, son contenu et son style – qui entre dans la catégorie du roman ;

Attendu que les propos incriminés sous les qualifications de provocations et d'injures sont placés dans la bouche de personnages de ce roman, tandis 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 ; que 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 ; qu'une telle distance, appréciée sous le prisme déformant de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits ;

Attendu qu'il en est ainsi en l'espèce, les passages litigieux ne permettant plus de caractériser des provocations et injures en raison de la nature romanesque de l'œuvre à laquelle ils sont intégrés, mais également compte tenu de la portée que l'auteur leur a conférée, puisqu'il s'est abstenu de toute dimension apologétique dans la réalisation de son projet de description et d'exploration des formes du Mal ;

Attendu, s'agissant des messages pornographiques et violents, que la scène poursuivie à ce titre fait partie intégrante de l'œuvre littéraire, dont elle n'est pas détachable, ce qui confère aux descriptions en cause, une nature autre qu'exclusivement pornographique ;

Attendu que, quel que soit le caractère volontairement choquant, dérangeant et provocateur des écrits litigieux, sur lesquels chacun demeure libre de réfléchir et réagir – même pour les critiquer vivement ou les désapprouver –, les passages poursuivis n'en sont pas pour autant constitutifs d'infractions pénales ;

Attendu qu'il convient, au surplus, de relever, s'agissant de l'élément moral des délits, que l'ouvrage en litige n'avait fait l'objet d'aucun commentaire autre que littéraire antérieurement à la publication de l'article de Bernard Comment et Olivier Rolin, « *écrivains et directeurs de col-*

*lection au Seuil* », intitulé « *Un livre inqualifiable* » dans le journal *Le Monde* daté du 12 février 2005, laquelle faisait suite, comme les prévenus et leurs conseils le soulignent, au départ, quelques mois plus tôt, de l'écrivain à succès Catherine Millet des éditions du Seuil pour Flammarion ; qu'à la suite de cet article, le Premier ministre a saisi le ministre de l'Intérieur, lequel a estimé que l'ouvrage se présentant comme une œuvre de fiction littéraire, une mesure d'interdiction « *serait en contradiction avec la pratique administrative et la jurisprudence du Conseil d'État* », que l'engagement d'une telle procédure susciterait « *une polémique sur le retour à l'ordre moral et à la censure* », « *les possibilités de poursuites judiciaires pouvant être plus ouvertes que la police administrative* » ;

Attendu que, dans ces conditions, il n'est nullement établi qu'en écrivant et publiant une œuvre de fiction littéraire les prévenus aient pu avoir conscience de commettre des délits, étant de plus observé qu'aucune association ne s'est constituée partie civile à l'occasion du présent litige ;

Attendu, en conséquence, que Gilles Haeri et Eric Bénier-Bürckel seront renvoyés des fins de la poursuite, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens invoqués en défense ;

#### PAR CES MOTIFS

Le tribunal statuant publiquement, en matière correctionnelle, en premier ressort et par jugement contradictoire à l'encontre de Gilles Haeri et d'Eric Benier-Burckel, prévenus, par jugement contradictoire (article 415 du Code de procédure pénale) à l'égard de la société des Éditions Flammarion, civilement responsable,

REJETTE les exceptions de nullité soulevées en défense,

RENVOIE Gilles Haeri et Eric Bénier-Bürckel des fins de la poursuite.

Prés : M<sup>me</sup> Sauteraud – A<sup>s</sup>ses : M. Jean-Draeher, M. Boyer – Min. Publ. : M<sup>me</sup> de Fontette Av. : M<sup>e</sup> Bigot, M<sup>e</sup> Zylberstein

(jugement définitif)

### Quand la fiction exclut le délit, ou la reconnaissance de l'autonomie de la liberté de créer

LA DÉCISION DU TRIBUNAL correctionnel de Paris du 16 novembre 2006 marquera probablement d'une pierre blanche l'histoire des procès littéraires. Étaient reprochés à l'auteur d'un roman et à son éditeur les délits d'injures antisémites (article 33 de la loi du 29 juillet 1881), de provocation à la haine raciale (article 24 de la même loi) et celui de diffusion de message pornographique susceptible d'être perçu par un mineur (article 227-24 du Code pénal).

Quelques mots du contexte de cette décision tout d'abord, dont on verra que le tribunal tient compte.

*Pogrom*, roman d'Eric Bénier Bürckel, publié par Flammarion (qui

vient de signer avec Catherine Millet), et dédié « *Aux Noirs et aux Arabes* », sort début 2005 dans le flot de la seconde rentrée du livre, et passe relativement inaperçu, malgré son ostensible racolage. Michel Field le défend (1), *Livres Hebdo* et *Le Nouvel Observateur* également. Puis, retournement de situation, Laurent Joffrin qualifie le livre d'antisémite (2) et Sylvain Bourmeau dénonce « *l'affaiblissement de la vigilance des institutions éditoriales et critiques* » (3). Entre-temps, une polémique a été déclenchée par un éditeur écrivain et par un écrivain,

Bernard Comment et Olivier Rolin, tous deux attachés au Seuil, qui vient de perdre Catherine Millet après son succès planétaire, *La vie sexuelle de Catherine M.* (cet élément étant relevé dans la décision commentée, ce qui montre son importance contextuelle pour le juge pénal). Dans *Le Monde* du 12 février 2005, ils ouvrent le feu contre l'auteur auquel ils attribuent le « *vomissement antisémite* » de l'un de ses personnages : « *Délégation, vraiment ? Non. L'odieuse jouissance est celle de l'auteur, un jeune homme de 33 ans, professeur de lycée (l'auteur truffe*

1. *TV Magazine*, 4 février 2005.

2. *Nouvel observateur* 17 février 2005.

3. *Inrockuptibles* 23 février 2005.

son texte d'assez de clins d'œil à sa propre biographie pour qu'on ne nous fasse pas le coup de la fiction), qui s'inscrit dans la parfaite filiation de l'antisémitisme français. S'il n'en fallait qu'une preuve, ce serait ce monstrueux mot, youtre, qu'on n'entend probablement pas dans les banlieues, mais qui a une longue histoire, celle des années 1920-1930 et de la guerre. (...) Il se trouve toujours quelque jeune imbécile cynique pour écrire de telles pages, de tels livres. On espérait qu'il ne se trouverait plus d'éditeur, du moins ayant pignon sur rue, pour les publier. Ce n'est pas le cas. Comme si l'esprit publicitaire triomphait de toute limite dans la promotion de simulacres de subversion qui touchent à l'intolérable. Nous n'avons jamais été favorables à l'interdiction des livres. Mais nous avons toujours pensé que la publication relevait d'une responsabilité de l'auteur (mot qu'on devrait préférer à celui d'écrivain, pour rappeler l'autorité qui s'engage) et de l'éditeur. Il y a un directeur littéraire chez Flammarion qui, de fait, et par sa fonction, cautionne ce livre.»

Les critiques reviennent sur le livre, dont certains rappellent que fiction il y a : «L'argumentation (de Comment et Rolin) est on ne peut plus problématique. On retrouve, une nouvelle fois, l'identification des idées de l'auteur à celles de ses personnages. Le même type d'arguments, il y a quelque temps, a eu pour conséquence la convocation dans un commissariat de deux romanciers, Nicolas Jones-Gorlin, l'auteur de *Rose Bonbon* (Gallimard), et Louis Skorecki, celui d'*Il entrerait dans la légende* (Léo Scheer), pour qu'ils s'expliquent sur leurs "méfaits" (l'éditeur du second a de plus été condamné en première instance). Combien de "clins d'œil" à la biographie de l'auteur font-ils basculer un texte de la fiction à la non-fiction?... Dommage qu'au-delà de la stigmatisation de Frédéric Begbeider, leur tribune ne marque pas de distinction entre pensée politique produite par une œuvre et opinions de son auteur, et se montre ambiguë quant aux limites de la liberté de création» (4).

Bernard Comment et Olivier Rolin, qui ne craignent pas, après avoir ouvert la polémique, de la clore, puisque leur deuxième article s'intitule «Pogrom suite et fin» (5), contestent l'argument de la fiction de façon virulente : «Il s'est trouvé quelques demi-habiles pour brandir le sacro-saint droit de tout dire, qu'il faudrait, par principe, garantir à la fiction. Or, disons-le clairement : la fiction n'est pas un sanctuaire, un espace magique où l'immonde, par la seule grâce d'être devenue "fictionnelle", se mueraient en or. Elle est un protocole, ou un pacte, qui se crée en et par chaque livre, s'en revendiquant, et suppose un dispositif construit, permettant le cas échéant de mettre à distance tel et tel personnage... Accorder un statut d'impunité ou d'indiscutabilité à tout livre estampillé "roman" est une conception bien naïve (par sottise ou par roublardise) de la littérature, des mécanismes qu'elle engage, du contrat de lecture qu'elle établit. Tout cela revient à dire, simplement, que la littérature est une pensée. Sans cette pensée et cette responsabilité, la fiction risque de devenir le dépotoir facile de certains délires obligés de quitter le registre du pamphlet pour court-circuiter les effets de la loi Gayssot... Faut-il dire une fois de plus que, par principe, nous sommes contre l'interdiction d'un livre? Néanmoins, et contrairement à ce qu'on entend dire, les "écrivains" n'ont pas tous les droits : pas plus que les "humoristes" ils n'ont droit à l'ordure. Les éditeurs, non plus, ne sont pas légitimés à faire, sous couvert de la fiction, commerce de l'immonde.»

Fort heureusement, ce petit monde s'est calmé une fois que la justice fut saisie, certains allant même jusqu'à s'indigner que le débat, si innocemment initié et mené, conduisît nécessairement au tribunal. En tout cas, s'il est permis de faire une ligne de chronologie judiciaire dans ces lignes sérieuses, l'audience se déroula dans le plus grand calme, le milieu littéraire n'étant pas venu en masse pour conspuer ou pour soutenir l'écrivain comparaissant avec ses éditeurs.

Cette décision montre une très subtile compréhension des intérêts en jeu, en recherchant de façon très précise ce qui, dans les éléments qui lui sont soumis, permettrait de qualifier le texte du roman comme constituant éventuellement l'élément matériel et les intentions de l'auteur comme constituant éventuellement l'élément moral. Distinction imposée par le droit pénal mais quasiment intenable face à une œuvre, on va le voir.

## I. L'élément matériel des infractions : la nature du livre et la portée des propos incriminés

### A. La nature romanesque du livre

Le tribunal précise d'emblée le cadre de sa propre liberté d'interprétation des délits poursuivis, en définissant la liberté du créateur. S'inscrivant dans le sillage de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et dans celui de l'article 11 de la Déclaration de 1789, 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». À notre connaissance, c'est la première fois que la nécessité de la création est ainsi clairement affirmée comme une liberté qui confère à celui qui "parle" dans l'œuvre, non pas une impunité pour un délit qui serait commis si le même discours n'était pas "artistique", mais une sorte d'autonomie pénale, généralement affirmée ainsi par la Cour européenne pour le discours politique ou journalistique. La liberté étant "accrue" pour le créateur, le tribunal va devoir expliquer 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.

### L'apologie n'est pas la représentation

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

4. Christophe Kantcheff, *Politis* 24 février 2005.

5. *Inrockuptibles*, mars 2005.

comme l'indique la Déclaration de 1789 : celui qui abuse de sa liberté doit en rendre compte.

Affirmant clairement le droit de représenter ces délits dans une œuvre, le tribunal refuse de considérer *a contrario* qu'ils soient, *ipso facto*, commis, même si l'écrivain, après les avoir représentés, ne les dénonce pas « ostensiblement ». Dès lors, les dispositions de l'article 227-24 du Code pénal, que le tribunal semble analyser dans le même attendu de principe que les délits d'incitation à la haine, ne peuvent signifier que la représentation violente, pornographique ou de nature à porter atteinte à la dignité humaine serait un délit, dès lors que c'est une représentation artistique.

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 1857 (6). C'est bien l'absence de dénonciation ostensible qui entraîna une condamnation morale (mais non judiciaire, car Flaubert est relaxé), de Madame Bovary. Tout en affirmant que le projet littéraire de Flaubert de montrer le tableau de la dégradation d'une femme tombée dans le vice était une « donnée, morale sans doute dans son principe », suivant en cela l'hypocrite mais efficace défense de l'avocat de l'écrivain, le tribunal expliquait que ce tableau « aurait dû être complété dans ses développements par une certaine sévérité de langage et par une réserve contenue, en ce qui touche particulièrement l'exposition des tableaux et des situations que le plan de l'auteur » (entendre ici le projet littéraire) « lui faisait placer sous les yeux du public... ». Non content d'avoir posé ainsi les bases formelles de la désapprobation morale que l'auteur doit s'imposer dans l'œuvre, le tribunal poursuivait son cours d'esthétique conventionnelle. « Il n'est pas permis, sous prétexte de peinture de caractère ou de couleur locale, de reproduire dans leurs écarts les faits, dits et gestes des personnages qu'un écrivain s'est donné mission de peindre ; qu'un pareil système appliqué aux œuvres de l'esprit aussi bien qu'aux productions des beaux-arts, conduirait à un réalisme qui serait la négation du beau et du bon et qui,

*enfantant des œuvres également offensantes pour les regards et pour l'esprit, commettrait de continuel outrages à la morale publique et aux bonnes mœurs.* »

Ne pas peindre les écarts, faire coïncider la morale et l'esthétique dans un jugement de droit est, comme le montre la décision commentée aujourd'hui, un non-sens. Au contraire, dit le jugement du 16 novembre 2006, les auteurs ont la liberté (et non le droit) de ne pas être nécessairement consensuels, et peuvent heurter, choquer, inquiéter, jolir triptyque qui remplace le délit d'outrage disparu, et nous vient de la jurisprudence de la CEDH rendue en matière de presse.

#### **La limite de la liberté de créer : l'apologie expresse et délibérée**

Le jugement précise que l'abus serait constitué non par la commission des délits reprochés d'injures antisémites, de provocation à la haine raciale et de message pornographique, mais par leur apologie, à la condition qu'elle soit « expresse et délibérée ».

La formule utilisée par la 17<sup>e</sup> chambre correctionnelle pour préciser le champ de l'apologie qui rendrait le discours de l'œuvre répréhensible, celui des « crimes, comportements ou pensées unanimement réprouvés », semble référer au *sensus communis* autant qu'à la loi, ce qui est une curiosité. En effet, seule la loi peut réprimer le discours, puisque l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juillet 1881 rappelle le principe constitutionnel de la liberté d'expression : « L'imprimerie et la librairie sont libres ». Une pensée qui serait unanimement réprouvée et qui ne serait pas punie par la loi serait donc tout à fait libre. On comprendra donc cette formule comme permettant d'englober à la fois les délits de provocation à la haine antisémite (article 24 8<sup>e</sup> alinéa de la loi de 1881), d'injure antisémite (article 33 alinéa 3 de la même loi) et de fabrication et de diffusion de messages pornographiques (article 227-24 du Code pénal). Elle révèle aussi la tentative des juges de rechercher pour décider quel est le consensus social qui permettrait d'asseoir leur décision.

#### **Comment vérifier si l'apologie expresse et délibérée est constituée ?**

Sans chercher à imposer sa lecture avec l'autorité de celui qui « sait » lire, le tribunal commence, avec cohérence, par la lecture du roman dans son intégralité, citant des passages, non visés par la poursuite, qui vont lui permettre de qualifier le projet littéraire de l'auteur. S'incluant lui-même dans le *sensus communis*, en indiquant qu'il a lu le roman, il 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 ». Il convient de souligner ici que la démarche, qui consiste à confronter l'avis qu'il peut avoir à ceux qui sont émis dans le cadre de la procédure (par l'auteur, l'éditeur, les témoins) mais aussi à ceux des tiers, de la critique, est à la fois très originale et très novatrice. Rarement, on a vu une juridiction pénale confrontée à une œuvre abdiquer son autorité sur le jugement de goût.

Concernant la nature du texte, jugeant l'indication « roman » sur la couverture insuffisante, les juges de la 17<sup>e</sup> 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'appuie ensuite sur 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.

#### **B. La portée des propos et les mécanismes de la fiction à l'œuvre dans l'œuvre**

Sur l'existence des mécanismes de la fiction, le tribunal relève 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 compor-

6. 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.

tements 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.

Après les avoir ainsi recontextualisés par rapport à la poursuite du parquet, 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. Ceux-là avaient, on l'a vu en introduction, contesté la présence de mécanismes fictionnels, usant de parallèles entre le personnage principal, *l'inqualifiable*, (nom qui réfère à l'indigne, l'innommable, l'infâme, au politiquement incorrect), et l'auteur.

Cet argument mérite pourtant qu'on s'y arrête, pour voir s'il aurait été opératoire juridiquement. On doit noter en premier lieu que le projet de carnage, de pogrom, de ce personnage, se limite à l'écriture : il écrit pour « assassiner le corps », il « s'inflige sans relâche la solution finale », « il n'est plus qu'Hiroshima en dedans ». « Vous ne feriez pas de mal à une mouche. Trop pusillanime dans les violences, vous ne vous lâchez que sur le papier » (p. 122). Du projet de son livre, le personnage dit : « Écrire c'est gratter la croûte, congédier tous les optimismes, mettre au jour la trame saignante qui irrigue le ciel et regarder la douleur en face » (p. 46). Certaines diatribes sont des propos du narrateur (à ne pas confondre avec l'auteur) car elles sont détachées du projet livresque du personnage. Le tribunal en relève d'ailleurs une qu'il prête, dans une erreur certainement involontaire, à l'auteur (alors que c'est le narrateur qui parle) : en page 235 de Pogrom, l'auteur indique qu'« un livre doit exploser entre les doigts, cracher des échardes dans l'œil des tabous, prendre les conventions et la censure à bras-le-corps et leur broyer les os, sans quoi il est bon pour la poubelle » et en page 246 qu'« écrire, c'est se mettre hors la loi ».

Les similitudes biographiques réelles entre la vie de l'auteur et le personnage (tous deux professeurs en

lycée, tous deux écrivains, tous deux ayant une vision de la littérature manifestement semblable) ne sont guère convaincantes, si l'on avance que le lecteur, qui peut ignorer de ces similitudes, ou les connaître, peu importe, construit en tout état de cause son propre roman, complète les images, ressent les propos avec sa propre imagination.

Mais il est difficile de nier que le roman joue d'une certaine ambiguïté, comme une grande partie du roman contemporain, ce qui ne renvoie pas le travail d'écriture, pour autant, à la « non-littérature ». Ainsi, il n'est pas écrit à la première personne du singulier, ce qui renforcerait la tentation des parallèles, mais à la troisième personne du singulier et à la deuxième personne du pluriel, qui exprime le point de vue du personnage dans une forme qui réfère à *La modification* de Michel Butor, c'est-à-dire à une forme littéraire dans laquelle s'exprime un monologue intérieur, une pensée à demi consciente, une réalité mentale en train de s'élaborer. Cette technique formelle crée une supposée complicité. On notera par exemple ce qui pourrait être une adresse au lecteur dans un sens qui pourrait être interprété comme une apologie raciste (exemple : « vous devez bien avouer que vous rêvez souvent de cracher à la gueule des roumaines mal fagotées qui font la manche dans le métro »).

D'autres arguments militeraient contre l'identification de l'auteur et du personnage, car ce dernier est l'objet de commentaires qui vont de la complaisance (souvent) à la dépréciation (parfois) : « *L'inqualifiable est resté coincé quelque part entre le stade cannibale et le stade sadique-anal, bâtard de la norme en somme, mais dans la norme malgré tout : celle des déviants souffrant d'aérophagie mentale. L'inqualifiable a le vice indécorable.* » (p. 167) ou bien « *L'inqualifiable veut que chaque phrase soit le vitrail d'un carnage. Qu'on voie le sang couler dans ses mots, qu'on le sente gicler dans ses phrases, mais ses mots et ses phrases décolorent le sang au lieu d'en libérer l'humeur, ils l'assèchent, ils la*

*dénaturent, ils lui creusent sa tombe.* » (p. 173).

On voit bien ce que l'argument biographique a d'intenable juridiquement, tant il est constitué d'ambiguïté, d'un jeu que le lecteur peut déjouer à tous moments, en mettant à « distance », dit le tribunal, le propos, comme ne lui étant, en réalité, pas directement adressé (c'est un livre qu'il a entre les mains, et c'est un personnage qui monologue), et comme relevant de la fiction, et non pas du réel. Il conduirait à des aberrations : faudrait-il faire des enquêtes poussées sur les auteurs ? Suivons plutôt 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.* » (7)

Par une affirmation de principe particulièrement importante puisqu'elle répond, de façon générale, à cette tentation comparatiste, qu'elle n'a pas lieu d'être, le tribunal affirme que « *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 ; qu'une telle distance, appréciée sous le prisme déformant de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits.* » Or le projet littéraire de l'auteur étant celui, selon ses propres déclarations, de décrire et d'explorer les formes du Mal, le tribunal affirme (sans particulièrement en justifier d'ailleurs) qu'il s'est abstenu de toute dimension apologétique dans la réalisation de ce projet. Autrement dit, les propos d'un personnage fictionnel, propos fluctuant selon l'interprétation qu'on lui donne, discours d'imagination, qui fonde ou est fondé par un monde irréel, des personnages fictionnels, ne sont pas identiques au discours réel. Pour les interroger sur leur sens, il faut saisir, d'où l'importance de lire l'œuvre dans son intégralité, le « discours de l'œuvre », nécessaire-

ment sujet à débat, à critique, à appropriation et à déformation. Mais on s'avance ici sur le terrain de ce que le tribunal a réservé pour l'élément moral de l'infraction, on y reviendra donc.

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: même si je m'identifie à elle, je sais que je ne suis pas Madame Bovary.

La loi de 1881 n'a vocation à s'appliquer qu'au discours journalistique ou politique qui provoquerait, par la littéralité d'une présentation favorable, la haine de l'autre. Bien sûr, il ne faut pas exclure qu'un jour un roman soit un pamphlet antisémite, auquel cas, comme l'indique ici le tribunal, il conviendra de ne pas s'arrêter à l'étiquette, et de vérifier que le mécanisme de mise à distance est bien présent. En l'espèce, le tribunal considère que la haine du personnage antisémite d'Eric Benier-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.

La caractérisation de la fiction apparaît, à notre connaissance, pour la première fois dans une décision comme la marque de la distance entre la pensée de l'auteur et les propos des personnages.

#### Le problème de la préface

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. Dès lors, peut-on croire Bénier-Burckel quand il affirme dans la presse qu'il lutte contre les communautarismes? Et quand il affirme, dans le même article, qu'il n'est pas antisémite, est-il crédible?: «*Je ne suis pas antisémite... Pogrom n'épargne rien ni personne: les femmes, le couple, le milieu littéraire parisien, les communautarismes, l'école, l'argent, tout y passe... Je ne suis pas le premier à m'intéresser à la figure du monstre: Sade, La Fontaine, Dostoïevski, Houellebecq et Brett Easton Ellis...*» (8). Est-il est plus franc quand il déclare: «*Je l'emmerde, le bon goût, moi! Je ne veux pas me laisser dicter mes goûts. Et tant pis si ça indigné ceux qui ont la langue salée de scrupules et autres niaiseries petites-bourgeoises (...)* Je n'ai pas honte de mes propres fascismes. Ils sont là en moi, ils expriment quelque chose de ma nature, je ne les considère pas comme contre-nature, ils font partie intégrante de ma psyché.» (9)

Face à un propos d'une telle ambiguïté, chacun est libre de conclure que le livre est antisémite et que l'auteur l'est aussi, et que Flammarion ne s'est pas couvert de gloire en publiant cet auteur, ou bien qu'il n'en est rien, ou bien encore que cette préface ne relève de rien d'autre que d'une posture médiatiquement rentable.

Cette dédicace peut-elle être interprétée comme faisant un chemin à rebours du travail de distanciation dont le tribunal marque, à raison, l'existence dans le roman, puisque tous les signes de médiations sont là et bien là: personnages, histoire, distance, travail formel? Condamner l'auteur sur ces seuls mots, du point de vue de la loi pénale, semble délicat, tant il est difficile d'imposer judiciairement un sens à ce qui reste un jeu d'adresse.

#### Sur le délit de message pornographique et violent

La motivation du tribunal utilise également l'argument de la fiction, donc de la mise à distance, pour en déduire que ce délit n'est pas non plus constitué. Ne pourrait-on en déduire que l'œuvre, dont la complexité est bien marquée par le tribunal, n'est pas un «message», ou n'y est pas réductible, ce qui entraînerait *ipso facto* que le délit de l'article 227-24 qui vise les messages ne serait pas constitué? Le tribunal ajoute que «*la scène poursuivie à ce titre fait partie intégrante de l'œuvre littéraire, dont elle n'est pas détachable, ce qui confère aux descriptions en cause, une nature autre qu'exclusivement pornographique*».

Or, pour dire qu'une scène pornographique ne serait pas littéraire, ne faudrait-il pas juger la valeur de l'œuvre, ce dont le tribunal, imitant en cela les préceptes donnés au juge par la loi sur le droit d'auteur (article L.112-1 du CPI), s'interdit à fort bon escient? De plus, dire qu'elle n'est pas exclusivement pornographique, c'est ajouter à la loi une condition qui n'y est pas, comme l'a déjà fait le tribunal correctionnel de Carpentras dans l'affaire concernant *Plateforme* de Michel Houellebecq (10) ou dans l'affaire concernant *Il entrerait dans la légende* de Skorecki (11). Rappelons que dans cette dernière espèce, la cour d'appel de Nîmes, relaxant l'éditeur, condamna les parties civiles pour avoir saisi le tribunal correctionnel alors que le ministre de l'Intérieur, qu'elles avaient saisi également, n'avait pas prononcé d'interdiction sur le fondement de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1949 sur la protection de la jeunesse, ce «*qu'elles ne pouvaient ignorer*» (12). On peut encore rapprocher cette motivation de la nature non exclusivement pornographique de celle du jugement *Flaubert* qui lui vaudra la relaxe: «*Il n'apparaît pas que son livre ait été, comme certaines œuvres, écrit dans le but unique de donner satisfaction aux passions sensuelles, à l'esprit de licence et de débauche,*

8. *Le Monde*, 20 février 2005.

9. *Chronic Art*, mars 2005.

10. TGI Carpentras, 5 avril 2002.

11. TGI Carpentras, 27 mars 2003, *Légipresse* n° 202, juin 2003, I, p. 85.

12. CA Nîmes, 8 avril 2004, *Légipresse* n° 222 juin 2005, I, p. 125.

ou de ridiculiser des choses qui doivent être entourées du respect de tous».

On voit la difficulté qu'ont nos juridictions aujourd'hui à appliquer de façon orthodoxe un article de loi qui confond tout, ou que certains utilisent dans une confusion délibérée. On pourrait arguer que la littérature, ne représentant que des mots, n'est pas pornographique, limitant ainsi la définition de celle-ci à l'image pour laquelle ce terme a été conçu.

## II. Sur l'élément moral des infractions

On trouve rarement, dans une décision, autant d'éléments de contextualisation qui permettent, par leur récit, aux magistrats de l'ordre judiciaire, de prendre parti. En l'espèce, c'est, et de façon assez curieuse, pour caractériser l'absence d'intention de commettre un délit que le tribunal mentionne l'origine de la plainte, la tribune dans *le Monde* de Bernard Comment et Olivier Rolin, et le règlement de compte entre le Seuil et Flammarion. Le tribunal marque par là qu'il connaît le contexte conflictuel dont les enjeux ne sont pas ceux de la poursuite contre le livre, mais un règlement de compte entre éditeurs.

Puis le tribunal rappelle la position des édiles, dont le moins que l'on puisse en dire est qu'elle est contradictoire. Le Premier ministre, Jean Pierre Raffarin, après s'être inquiété, lors du dîner annuel du Conseil représentatif des institutions juives de France (CRIF), de «certaines initiatives supposées littéraires», demanda au ministre de l'Intérieur d'intervenir. La tenue des propos du Premier ministre, dont on peut douter qu'il ait lu le livre, et lui dénie néanmoins publiquement le statut d'œuvre, sous la foi de la lecture du *Monde*, est une attitude que l'on retrouve hélas souvent. Chacun se souvient de ceux qui souhaitaient l'interdiction de *La dernière tentation de Christ* de Martin Scorsese sans avoir vu le film, de l'association l'Enfant Bleu qui réclama à Gallimard de cesser

de diffuser *Rose Bonbon* de Nicolas Jones Gorlin après en avoir lu quelques pages, et de la plainte de la Présidente de l'association *La Mouette* contre une exposition, *Présumés Innocents*, qu'elle déclarait tout récemment n'avoir pas vue, alors que les responsables de l'exposition étaient mis en examen fin 2006.

Dominique de Villepin jugea difficile une interdiction administrative qui, le tribunal le cite, «serait en contradiction avec la pratique administrative et la jurisprudence du Conseil d'État», et estima que l'engagement d'une telle procédure susciterait «une polémique sur le retour à l'ordre moral et à la censure», «les possibilités de poursuites judiciaires pouvant être plus ouvertes que la police administrative», et renvoya donc le dossier au Garde des sceaux. L'action publique fut donc, à la demande expresse de Dominique Perben, mise en œuvre par le parquet dans cette affaire. Le conflit, la divergence d'opinion, marquée là par le simple récit, permet au tribunal de ne s'appuyer sur aucun de ces éminentes opinions, subtil rappel du principe de la séparation des pouvoirs. Enfin, le tribunal remarque que nulle «association ne s'est constituée partie civile à l'occasion du présent litige». La société civile n'est pas partie au procès.

Ces éléments sont tous postérieurs à l'œuvre, et ne peuvent donc constituer les éléments moraux des infractions visées par la plainte. Dès lors, on peut s'interroger sur le fait que le tribunal en conclut que, «dans ces conditions», il n'est nullement établi qu'en écrivant et publiant une œuvre de fiction littéraire, les prévenus aient pu «avoir conscience de commettre des délits». La conscience ne pouvant être que contemporaine de l'écriture ou de la publication et non de la réception de l'œuvre, le rappel de ces éléments externes marque que la réception de l'œuvre est influençable par des éléments externes à celle-ci.

Mais pour autant, il semble que le tribunal indique ici, 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. Loin d'être anodin, l'anachronisme apparent de cette motivation révèle 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 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. Pour combien de temps encore ?

## Conclusion

Le jugement rendu dans cette affaire conclura-t-il l'histoire des procès littéraires ? Il est permis d'en douter, bien que la raison appelle à se satisfaire d'une solution si sage et si courageusement étayée. Seul le législateur pourrait revenir sur ces dispositions pénales qui permettent, sous divers prétextes, de poursuivre les œuvres qui dérangent.

Quant à l'auteur de ce bien sinistre roman, littérateur à la provocation facile qui lui vaudrait, hors le champ de la littérature, des poursuites, légittimes pour ce qui est des propos antisémites, si nous militons pour qu'il ait la liberté d'écrire comme il l'entend et ce qu'il entend dans le sein de ses œuvres, nous affirmons, comme c'est notre droit le plus absolu, ainsi que le rappelle fort justement le tribunal, que ce roman est nauséabond. La polémique, se transformant en combat judiciaire, n'a fait que lui offrir une bien inutile victoire.

**Agnès Tricoire**

Avocat au Barreau de Paris  
Spécialiste en propriété intellectuelle