

Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain

MOTS-CLÉS : Protection des mineurs, pornographie, art contemporain

Cour de cassation (ch. crim.)

2 mars 2011

Association La Mouette

233-23

La Cour de cassation confirme n'y avoir lieu à suivre contre les trois organisateurs de l'exposition d'art contemporain « Prémisés innocents », mis en examen des chefs de diffusion de l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique et de diffusion de messages violents pornographiques ou contraires à la dignité humaine susceptibles d'être vus par un mineur et contre quiconque du chef de corruption de mineurs. En effet, les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés et répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par la partie civile, a exposé sans insuffisance ni contradiction, les motifs pour lesquels elle a estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre les personnes mises en examen et contre quiconque d'avoir commis les délits objet de l'information.

Statuant sur le pourvoi formé par :

- L'association La Mouette, partie civile, contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux, en date du 2 mars 2010, qui, dans l'information suivie, sur sa plainte, contre M. Henry Claude Cousseau, M^{mes} Marie-Laure Besnars-Bernadac, épouse Marcade, et Stéphanie Moisdon, épouse Trembley, a dit n'y avoir lieu à suivre contre les susnommés des chefs de diffusion de l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique, diffusion de messages violents, pornographiques ou contraires à la dignité humaine susceptibles d'être vus par un mineur et dit n'y avoir lieu à suivre contre quiconque du chef de corruption de mineurs ;

Vu les mémoires produits en demande et en défense : [...]

Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 227-23 du Code pénal, 575, 591 et 593 du Code de procédure pénale ;

en ce que l'arrêt attaqué a dit n'y avoir lieu à suivre à l'encontre de M. Cousseau, M^{mes} Moisdon et Besnars-Bernadac, du chef de diffusion de l'image ou de la représentation d'un mineur présentant un caractère pornographique ;

aux motifs que, (...) sur le délit de diffusion de l'image ou de la représentation d'un mineur présentant un caractère

pornographique, sur l'ensemble du catalogue et de l'album, apparaissaient des photographies ou montages photographiques avec l'image de mineurs ou la représentation de mineurs :

- page 30 du catalogue, une photographie aux couleurs vives : bleu, rouge, vert, jaune, de Paul Maccarty (1994) présentant un mannequin nu à partir du nombril tenant une poupée à bout de bras, la tête revêtue d'un masque disproportionné avec un long nez, le corps étendu au sol, avec entre les jambes relevées et écartées une peluche, portant une tête de nain, les deux mains appuyées sur le ventre dénudé du mannequin ;
 - page 54 du catalogue, une photographie de Elke Krystufek (1999) mettant en scène sur un lit deux jeunes filles nues, l'une qui pourrait être majeure, à genoux, tenant dans ses bras une poupée, l'autre mineure, en arrière-plan, les genoux repliés devant elle ;
 - page 74 du catalogue, une peinture de Marlène Dumas (1998) avec une femme nue allongée sur un lit, les bras repliés sous la tête et les pieds reposant sur le sol, entourée d'enfants accroupis et la tête baissée ;
 - page 83 du catalogue, deux photographies de Garry Gross (1975) d'une jeune adolescente nue dans une baignoire ;
 - page 84 du catalogue, une photographie d'Inez Van Lamsweerde (1997) d'une adolescente habillée d'une robe rouge enserrant dans ses bras un homme vêtu d'un polo noir allongé le buste sur les genoux de la jeune fille ;
 - page 129 du catalogue deux photographies de Cindy Sherman (1999) de pantins articulés, l'une mettant en scène une représentation de deux petites filles avec une poitrine développée dans une gestuelle sexuelle, l'autre un bébé allongé sur un drap avec un sexe disproportionné entouré de pilosité ;
 - page 22 à 25 de l'album, des montages photographiques de Elke Krystufek (2000) présentant des corps nus de jeunes adultes et d'adolescents avec des fœtus, des poupées et des corps adultes d'êtres humains en partie dépecés ;
 - page 119 de l'album, une photographie de Nan Golding (1998) de deux enfants, l'une nue couchée sur le dos, les jambes repliées sous elle et écartées et la tête entre les jambes de l'autre qui se trouvait debout et en partie habillée ;
- que l'association La Mouette relevait l'utilisation de mannequins, pantins ou peluches dans des scènes à connotation érotique ou sexuelle et dénonçait l'utilisation de mineurs dans un contexte pouvant apparaître comme une incitation à la pédophilie ; que les personnes mises en examen contestaient l'infraction reprochée ; que, selon elles, les œuvres critiquées étaient l'expression de la sensibilité d'artistes connus ; qu'elles participaient d'une recherche, et d'une réflexion et il relevait de leur responsabilité professionnelle et du rôle d'un musée d'art contemporain que de les faire connaître ; qu'elles ajoutaient que les délits reprochés relevaient d'une appréciation subjective de ce qu'une société considèrerait comme étant pornographique ou violent ce qui était naturellement fluctuant selon les époques, les cultures, les continents... ; que, sur la perception du caractère de ces photographies, dessins, peintures ou représentations, elles précisaient que l'exposition avait été vue par près de 25 000 personnes, qu'elle avait fait l'objet de cent onze articles, reportages ou annonces dans la presse écrite et audiovisuelle en France et à l'étranger (D 153) et que deux plaintes seulement avaient été déposées,

l'une, par une personne physique, qui l'avait visitée et qui s'était désistée par la suite de sa plainte, l'autre, par une personne morale, l'association La Mouette qui s'était donné pour objet de lutter au quotidien pour la protection de l'enfance bafouée; que les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire avaient adressé aux différentes personnes, qui avaient encadré des groupes lors des visites de l'exposition, un questionnaire sur le contenu de celle-ci et sur les réactions qu'elle avait pu susciter; que, sur quarante-sept personnes interrogées, seules deux d'entre elles, animatrices de centre social, qui avaient uniquement effectué une visite d'information, devaient manifester leur réprobation; que les quarante-cinq autres, enseignants, témoignaient leur satisfaction, et, précisaient que l'ensemble des élèves qu'ils avaient accompagnés, avaient réagi avec surprise, intérêt, curiosité, amusement, et parfois étonnement; que le représentant du rectorat, M. L., qui avait pris l'attache des chefs d'établissements qui avaient organisé des visites, précisait qu'il n'avait eu en retour que des appréciations très positives sur la qualité de cette exposition; que, de fait, les images ou représentations de mineurs présentées dans le catalogue et l'album et dénoncées par l'association La Mouette, participant d'une recherche et d'une œuvre de l'esprit, pouvaient surprendre, interpeller ou choquer, mais elles ne pouvaient être perçues comme présentant uniquement un caractère pornographique au sens d'une représentation grossière de la sexualité blessant la délicatesse et tendant à exciter les sens; que les personnes mises en examen étaient aussi interrogées sur les œuvres de Hugo Rondinone ne figurant ni dans le catalogue ni dans l'album, mais présentées dans l'exposition et décrites par des témoins; qu'il s'agissait de dessins exposés dans une salle qui étaient décrits par certains témoins comme représentant des enfants et des animaux avec des sexes humains dans des situations équivoques et à forte connotation sexuelle; que cette vision était en partie corroborée par M^{me} N..., employée par la mairie de Bordeaux au CAPC (musée d'art contemporain de Bordeaux) en tant que responsable du service éducatif, qui précisait que la salle consacrée à Hugo Rondinone comportait des dessins à caractère pornographique et ambigu; que M. Cousseau contestait la perception de ces témoins et précisait que l'humour et l'ironie, toujours présents dans l'œuvre de Rondinone, excluaient toute pornographie; que M^{me} Besnars-Bernadac convenait du caractère ambigu de l'œuvre de cet artiste qui pouvait conduire à une mauvaise interprétation de ses dessins; que M^{me} Moisdon ajoutait que Hugo Rondinone était un très grand artiste qui travaillait actuellement à la décoration d'une église à Venise; que, selon elle, il fallait beaucoup de maturité et d'humour pour accéder à l'œuvre de cet artiste et c'était justement, parce que les enfants n'en avaient pas suffisamment, que l'accès à cette œuvre leur avait été interdit; qu'il a également été rappelé que le tableau de Courbet *l'origine du monde* qui a longtemps fait polémique, est désormais exposé au musée d'Orsay, sans le moindre avertissement; qu'il est constant que certaines œuvres critiquées ont déjà fait l'objet d'exposition ou se trouvent dans des musées réputés, tels que le Musée d'Art moderne de New York; qu'en l'absence d'une détermination précise des œuvres présentées, ni de la possibilité d'en apprécier le contenu, l'infraction ne saurait être établie (...);

1°) alors que la contradiction de motifs équivaut à leur absence; qu'en énonçant que des images ou représentations de mineurs figurant dans le catalogue et l'album de l'exposition litigieuse ne pouvaient être perçues comme présentant « *uniquement* » un caractère pornographique, la chambre de l'instruction a elle-même fait ressortir que ces œuvres présentaient notamment un caractère pornographique; qu'en estimant néanmoins que l'infraction de diffusion de l'image ou de la représentation d'un mineur présentant un caractère pornographique « *ne saurait être établie* », la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une contradiction de motifs, de sorte que l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale;

2°) alors que la contradiction de motifs équivaut à leur absence; qu'il ressort de l'arrêt attaqué que les « *œuvres* » de Hugo Rondinone, qui ne figuraient ni dans le catalogue ni dans l'album de l'exposition, avaient été décrites par des témoins comme « *représentant des enfants et des animaux avec des sexes humains dans des situations équivoques et à forte connotation sexuelle* »; que cette vision avait été corroborée par M^{me} N..., employée de la mairie de Bordeaux au CAPC en tant que responsable du service éducatif, qui avait précisé que la salle consacrée à Hugo Rondinone comportait des dessins « *à caractère pornographique* »; qu'en affirmant, cependant, ensuite, qu'il n'était pas possible d'apprécier le contenu de ces œuvres, quand celles-ci avaient été décrites par des témoignages concordants, la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une contradiction de motifs, de sorte que l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale;

Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 227-24 du Code pénal, 575, 591 et 593 du Code de procédure pénale;

en ce que l'arrêt attaqué a dit n'y avoir lieu à suivre à l'encontre de M. Cousseau, M^{mes} Moisdon et Besnars-Bernadac, du chef de diffusion de messages violents, pornographiques ou contraires à la dignité humaine susceptible d'être vus par un mineur; aux motifs que, (...) sur le délit de diffusion aux mineurs d'un message violent ou pornographique, il était reproché aux personnes en examen d'avoir, au travers de l'exposition et des ouvrages édités dans son prolongement, diffusé des dessins, peintures, photographies, des textes ou des représentations d'objets susceptibles d'être vus par des mineurs présentant un caractère violent ou dégradant pour la personne humaine ou présentant un caractère pornographique; que cette infraction se fondait sur les différentes œuvres précédemment évoquées, sur d'autres photographies publiées dans le catalogue et dans l'album et sur l'œuvre d'Elke Krystufek ne figurant ni dans le catalogue ni dans l'album, mais présentées dans l'exposition et décrites par des témoins;

qu'en ce qui concernait l'œuvre d'Elke Krystufek, il s'agissait d'un film projeté dans un tunnel étroit qui comportait, selon des témoins, l'image d'une jeune femme en train de se masturber avec un légume, d'uriner dans un verre et d'en boire le contenu et, de se mutiler le sexe en en cousant les lèvres; que M. Cousseau déclarait ne pas se souvenir de telles scènes; que M^{me} Besnars-Bernadac reconnaissait que cette

œuvre pouvait heurter la sensibilité d'un jeune public auquel l'accès avait été interdit ou fortement déconseillé; que, dans le même temps, elle prétendait que l'artiste, qui se mettait elle-même en scène avait voulu représenter un univers à l'échelle de celui dans lequel elle se trouvait enfant et que ce qu'elle faisait de son corps n'était pas pornographique; que M^{me} Moisdon contestait les descriptions faites par les témoins qui correspondaient, selon elle, à une lecture aberrante; que cette œuvre complexe nécessitait pour sa compréhension une certaine maturité et elle pouvait être choquante lorsqu'elle était mal comprise; qu'Elke Krystufek, entendue en Autriche, sur commission rogatoire, expliquait qu'elle avait exposé à Bordeaux des dessins, photographies, vidéos et peintures consistant presque exclusivement en autoportrait; qu'elle contestait tout caractère pornographique à son œuvre en précisant que le film projeté à Bordeaux ainsi que toutes les copies avaient été détruits et qu'elle était dans l'incapacité de préciser si les photographies qui lui étaient présentées (scellés 3) étaient ou non issues des œuvres qu'elle avait exposées; qu'au surplus, il est établi par les éléments du dossier que l'accès à certaines œuvres était interdit aux enfants; qu'à défaut de déterminer précisément l'œuvre présentée et de pouvoir en apprécier le contenu, aucune infraction ne saurait être établie; qu'en ce qui concernait les photographies publiées dans l'album et le catalogue, l'infraction se fondait sur les photographies d'œuvres précédemment évoquées et sur les reproductions suivantes:

- page 25 du catalogue, une photographie de Carsten Holler (1993) d'un véhicule tout terrain équipé de filets et de cordes avec ce commentaire: «... j'ai créé beaucoup d'objets qui, avec de l'imagination, pourraient servir pour torturer les enfants, pour les attraper ou pour les mettre en cage... »;

- page 43 du catalogue, une photographie de Robert Mapplethorpe (1982) représentant Louise Bourgeois portant sous son bras droit un godemiché géant;

- page 47 du catalogue, une photographie d'Eric Fischl (1981) montrant une femme nue, offerte, étendue sur un lit avec face à elle un adolescent qui la regarde;

- page 49 du catalogue une photographie de Mike Kelley (1990) montrant un homme et une femme nus se livrant à des simulations de sodomie avec des peluches;

- page 77 du catalogue une photographie de Mat Collishaw (1997) une jeune fille assise dans un fourré, les vêtements désordonnés, entourée de détritus;

- page 92 du catalogue, une photographie de Christian Boltanski (1975) présentant vingt-quatre visages d'enfants accolés avec ce commentaire: « j'avais fait mettre les enfants en rang et je les prenais au flash les uns après les autres... c'était comme si je les fusillais... »;

- page 125 du catalogue trois photographies de Cameron Jamie (1999-2000) présentant un jeune garçon frappant une poupée;

- page 74-75 de l'album la photographie de Joseph Bourban (1999) d'un adolescent étendu sur un trottoir couvert de sang à côté d'une moto couchée dans les buissons;

- page 138 de l'album la photographie de Wolfgang Tillmans (1995) d'une femme adulte en soutien-gorge et petite culotte avec, à ses côtés, un petit garçon habillé d'un jean et d'un polo devant un meuble supportant des disques et une chaîne stéréo

et au-dessus duquel apparaissait une photographie collée au mur représentant quatre hommes nus et debout se livrant à des actes sexuels;

que, pour que l'infraction puisse être établie, à supposer que le caractère violent ou dégradant pour la personne humaine ou pornographique des œuvres présentées ait été démontré, encore faudrait-il s'assurer que celles-ci aient été susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur; que les personnes mises en examen reconnaissent que les œuvres présentées n'étaient pas adaptées à tous les publics, mais elles précisent que pour ce motif, soit une signalétique particulière avait été mise en place pour certaines œuvres, soit des surveillants avaient été postés à proximité de certaines d'entre elles pour rappeler aux adultes qui se présentaient qu'elles pouvaient être choquantes pour des enfants, voire pour leur en interdire l'accès; que M. C..., responsable de l'équipe de surveillance au CAPC précisait que les consignes avaient toujours été respectées et qu'à sa connaissance aucun mineur n'avait eu accès à certaines des œuvres et notamment à celle d'Elke Krystufek; que M^{me} N..., employée par la mairie de Bordeaux au CAPC en tant que responsable du service éducatif, expliquait qu'elle avait participé à l'élaboration de l'exposition dans sa dimension éducative et qu'elle avait organisé des visites adaptées au niveau des élèves sur un parcours balisé avec un encadrement; qu'en ce qui concerne le catalogue et l'album dont respectivement 1 500 et 500 exemplaires avaient été commercialisés en dehors du CAPC, aucun écho négatif n'était remonté auprès des diffuseurs; que le représentant qualifié des éditions OFR et la directrice d'édition de la Réunion des musées nationaux (RMN) précisait que ces ouvrages, vendus sous blister dans les rayons art, n'intéressaient qu'une clientèle avertie, ce qui excluait les mineurs; que le catalogue et l'album étaient aussi en vente à la librairie du CAPC; que M^{me} D..., responsable au CAPC du service des publications et de la diffusion, expliquait que le catalogue et l'album étaient vendus sous blister à la librairie, mais, que dans le temps de l'exposition, ces ouvrages pouvaient être consultés librement à l'entrée du musée; que ces déclarations étaient contredites par M. Cousseau et par M^{me} Besnars-Bernadac qui prétendaient que seul un exemplaire du catalogue pouvait être consulté librement mais uniquement sous le contrôle du libraire qui avait reçu des recommandations strictes; que M^{me} Besnars-Bernadac ajoutait, qu'au musée, les mineurs étaient toujours encadrés par leurs parents ou par une équipe éducative et que le catalogue, au prix de 200 francs à l'époque, ne leur était manifestement pas destiné; que l'information ne permettait pas de démontrer que les œuvres critiquées publiées dans l'album et dans le catalogue aient été susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur; qu'en conséquence, les infractions de diffusion de l'image ou de la représentation d'un mineur présentant un caractère pornographique et de diffusion aux mineurs d'un message violent ou pornographique n'étant pas établies, la recherche des personnes responsables en application des articles 227-24, 2^oalinéa, et 227-28 du Code pénal se trouvait dénuée de tout objet (...);

1^o) alors que, la contradiction de motifs équivaut à leur absence; qu'il ressort de l'arrêt attaqué que « des témoins » avaient précisément décrit l'« œuvre » d'Elke Krystufek, comme « un film projeté dans un tunnel étroit qui comportait (...) l'image d'une

jeune femme en train de se masturber avec un légume, d'uriner dans un verre et d'en boire le contenu et de se mutiler le sexe en en cousant les lèvres » ; qu'en affirmant, cependant, ensuite que cette œuvre n'aurait pas été « *précisément déterminée* » et qu'il aurait été impossible d'« *en apprécier le contenu* », quand sa description avait été précisément rapportée par des témoins, la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une contradiction de motif, de sorte que l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ;

2°) alors que, l'insuffisance des motifs équivaut à leur absence ; qu'en estimant que l'information n'aurait pas permis de démontrer que les œuvres critiquées aient été susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur, au motif qu'une « *signalétique particulière* » aurait été mise en place pour « *certaines œuvres* », sans expliquer en quoi cette « *signalétique particulière* » aurait empêché un mineur visitant l'exposition d'être confronté à ces œuvres, la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une insuffisance de motifs, de sorte que l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ;

3°) alors que, l'insuffisance de motifs équivaut à leur absence ; qu'en estimant que l'information n'aurait pas permis de démontrer que les œuvres critiquées aient été susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur, aux motifs que des surveillants auraient été postés à proximité de « *certaines d'entre elles* » pour rappeler aux adultes qui se présentaient qu'elles pouvaient être choquantes pour des enfants voire pour leur en interdire l'accès, sans mieux s'expliquer sur les œuvres concernées par ce prétendu dispositif de surveillance et sans permettre ainsi de s'assurer qu'aucune des œuvres critiquées ne pouvait être vue par un mineur visitant l'exposition, la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une insuffisance de motifs, de sorte que l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ;

4°) alors que, la contradiction de motifs équivaut à leur absence ; qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que le catalogue et l'album de l'exposition avaient été banalement commercialisés « *dans les rayons art* » de magasins ; qu'en affirmant que l'information n'aurait pas permis de démontrer que les œuvres publiées dans l'album et dans le catalogue aient été susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur, quand des mineurs peuvent accéder aux « *rayons art* » des magasins et y acheter les catalogues et albums présentés comme des ouvrages d'« *art* », la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une contradiction de motifs, de sorte que l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ;

5°) alors que, la contradiction de motifs équivaut à leur absence ; qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué, que M^{me} D..., responsable au CAPC du service des publications et de la diffusion, avait reconnu que, « *dans le temps de l'exposition* », le catalogue et l'album pouvaient être « *consultés librement à l'entrée du musée* » ; qu'en affirmant, cependant, ensuite que l'information n'aurait pas permis de démontrer que les

œuvres publiées dans l'album et dans le catalogue aient été susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur, la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une contradiction de motifs, de sorte que l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ;

Sur le quatrième moyen de cassation, pris de la violation des articles 227-22 du Code pénal, 86, 575, 591 et 593 du Code de procédure pénale ;

en ce que l'arrêt attaqué a dit n'y avoir lieu à suivre contre quiconque du chef de corruption de mineurs ; aux motifs que, (...) sur le délit de corruption de mineurs, cette infraction serait, selon la plainte déposée, caractérisée à l'encontre des artistes qui s'étaient servis de mineurs pour réaliser des images à caractère pornographique ; que, toutefois, ce délit suppose que l'auteur ait voulu pervertir un mineur et, à défaut d'identifier la victime et de connaître le contexte dans lequel les faits se sont déroulés, les éléments constitutifs de l'infraction ne peuvent être démontrés ; qu'il ne résulte pas de l'information de charges suffisantes contre quiconque de s'être rendu coupable du délit de corruption de mineurs (...) ;

alors que la juridiction d'instruction régulièrement saisie d'une plainte avec constitution de partie civile a le devoir d'instruire ; qu'en disant n'y avoir lieu à suivre du chef de corruption de mineurs, par le seul examen abstrait de la plainte avec constitution de partie civile, sans vérifier par une information préalable la réalité des faits dénoncés, la chambre de l'instruction a méconnu son obligation d'informer ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que pour dire n'y avoir lieu à suivre contre M. Cousseau et M^{mes} Marcade et Trembley des chefs de diffusion de l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique et diffusion de messages violents pornographiques ou contraires à la dignité humaine susceptibles d'être vus par un mineur et contre quiconque du chef de corruption de mineurs, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés et répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par la partie civile, a exposé sans insuffisance ni contradiction, les motifs pour lesquels elle a estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre les personnes mises en examen et contre quiconque d'avoir commis les délits objet de l'information ;

D'où il suit que les moyens, qui reviennent à remettre en question cette appréciation des charges, qui relève du pouvoir souverain de la chambre de l'instruction, ne sauraient être admis ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

Cons. Rap. : M^{me} Ponroy – Av. gén. : M. Finielz – Av. : S^{cs} Tiffreau et Corlay, M^e Copper-Royer, S^{cs} Roger et Sevaux

COMMENTAIRE



Agnès Tricoire

Avocat au Barreau de Paris

Spécialiste de propriété intellectuelle

En 2000, une plainte pénale est déposée contre les organisateurs de l'exposition *Présumés innocents* au CAPC de Bordeaux qui réunissait des œuvres de Paul Mac Carthy, Marlene Dumas, Anna Gaskell, Paul-Armand Gette, Nan Goldin, Gary Gross, Carsten Höller, Cameron Jamie, Mike Kelley, Elke Krystufek, Inez van Lamsweerde, Annette Messager, Tony Oursler, Aura Rosenberg, Cindy Sherman, Wolfgang Tillmans. L'exposition portait sur les questions esthétiques, sociales et politiques qui touchent à la représentation de l'enfance, et la plainte visait, on va le voir, à interdire que ces questions fussent posées dans des œuvres.

L'arrêt du 2 mars 2011 est aussi laconique que peut l'être un arrêt de la chambre criminelle. Ce n'est donc pas de la Cour de cassation qu'il faut attendre un éclairage direct de ces dispositions du Code pénal, les articles 227-23 et 227-24, introduites lors de sa réforme de 1994 et destinées à remplacer l'outrage aux bonnes mœurs. Pourtant, l'affaire *Présumés innocents* est une bombe à fragmentation qui n'en finit pas de provoquer des dégâts collatéraux concernant l'ensemble de l'échiquier politique : exposition *Pour adultes seulement* censurée complètement par le président du Conseil général de la Somme, exposition Larry Clark interdite aux moins de 18 ans cette année à Paris par son maire, au nom de ces deux dispositions du Code pénal qu'il faudrait, d'urgence, modifier.

La plainte de l'association la Mouette a été instruite pendant neuf longues années au terme desquelles les deux juges d'instruction bordelais qui ne sont pas plus avancés qu'avant leur enquête décident de renvoyer le directeur du musée et les deux commissaires de l'exposition devant le tribunal correctionnel (ordonnance du 19 juin 2009). La cour d'appel de Bordeaux rend une décision de non-lieu le 2 mars 2010 qu'il nous faudra relire attentivement, puisqu'elle a fait une correcte application, selon la cour suprême, de la loi. Le pourvoi y a décelé quelques incohérences, mais la loi n'est-elle pas si mal faite qu'elle conduise les juges à naviguer en eaux troubles ?

QUE DIT LA LOI ?

L'outrage aux bonnes mœurs, conçu par le législateur révolutionnaire, est renforcé sous la Restauration et perdure jusqu'en 1994, date de réforme du Code pénal. Et au-delà, puisque les nouveaux articles 227-23 et 227-24 du Code pénal, censés protéger les mineurs, permettent de poursuivre les productions artistiques coupables, comme chacun sait, de pervertir la jeu-

nesse alors que le monde réel est exempt de toute perversion. Dans nombre d'affaires, comme celle que l'on commente ici, la jeunesse est le prétexte d'une injonction faite à l'art d'être moral, comme au temps de l'outrage aux bonnes mœurs. Destiné à lutter contre les images pédophiles, le nouvel article 227-23 du Code pénal ne visait lors de sa création que les images de mineurs lorsqu'elles étaient pornographiques, et non pas les représentations de mineurs (1). Le terme « image », si complexe hors du droit, ne souffre pas ici d'ambiguïté. Il s'agit de l'image d'un enfant réel capturée par un moyen technique comme la photographie, la vidéo ou le film. Mais la pornographie n'est pas définie par la loi pénale. Pierre Marc de Biasi révèle la coïncidence de l'apparition dans le langage de la pornographie, par l'adjectif pornographique (1832), puis par le nom (1840) et de la photographie, quant à elle d'abord par le nom (1834), puis par l'adjectif photographique (1839) : la pornographie est ce double de l'érotisme, que la censure considère comme « vulgaire et sans scrupule, qui parie sur le réalisme le plus brutal et les instincts du plus grand nombre pour briser l'alliance millénaire du bon goût et des privilèges » (2). Aujourd'hui, de simples photographies d'enfants nus ont pu être jugées pornographiques. L'artiste néerlandaise Kiki Lamers a ainsi été condamnée le 3 février 2005 par la cour d'appel de Riom pour avoir photographié des enfants nus dans des positions jugées suggestives. En l'espèce, il s'agissait pour l'artiste de prendre des clichés photographiques qu'elle sélectionne ensuite pour utiliser certains comme modèles de ses toiles, ce qui aurait dû entrer en ligne de compte dans la décision de condamnation : les clichés n'étaient pas des œuvres en soi, mais des matériaux préparatoires. Elle avait donné ses pellicules à développer au photographe du village de Lapalisse, lequel a prévenu les gendarmes. Les parents des enfants photographiés ont protesté publiquement dans un courrier publié le 9 février 2005 par le journal *De Volkskrant* : « Ce qui rend cette histoire sordide, c'est que nous avons été contraints d'expliquer à nos enfants ce qu'est la pornographie infantile », écrivent-ils. « L'innocence de nos enfants n'a pas été brisée par les superbes photos et peintures de Kiki Lamers, mais par des adultes qui cherchent dans ces images des choses qui ne s'y trouvent pas. » La cour de Riom était d'un avis très différent, puisqu'elle a retenu contre l'artiste, qui invoquait la spontanéité des enfants, la mise en scène consistant, à leur demander de poser, en focalisant sur leurs parties génitales, leurs fesses. Les juges ont comparé certaines de ces photographies avec des images pédophiles téléchargées sur l'ordinateur du mari de l'artiste, lequel invoquait le « hasard ». Dans ce genre de dossier, il est bon de se garder d'émettre un avis sans avoir vu de quoi il s'agit. Puisqu'il faut parfois dire ce qui fâche, ayant pu voir les photographies litigieuses, celle montrant l'anus d'un petit garçon focalisait, de fait, sur un endroit de son anatomie qu'il montrait certainement en toute innocence. Et, de fait encore, ce qui importe alors est le regard que l'on peut porter sur de telles images. En tout état de cause, il était inutile de s'en prendre, comme le fait la cour, à l'élite artistique qui a perdu le sens moral, procédant ainsi à une généralisation aussi abusive qu'injuste.

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

2. Pierre-Marc de Biasi, *Histoire de l'érotisme, de l'Olympe au cybersexe*, Découver-

tes Gallimard 2007.

3. Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, Paris, 1997, p. 554 n° 565.

De là à ce que la répression touche à toute photographie d'enfants simplement nus, ou à des représentations d'enfants peints, dessinés, à des enfants de papier, à des personnages de romans, bref, à des fictions d'enfants, il y a un pas et de quoi se faire du souci sur l'état de confusion de notre morale juridique. C'est pourtant dans ce sens que la législation a évolué. Madame Rassat, professeur de droit pénal particulièrement répressive, proposait une interprétation très extensive de l'image pornographique, qui commençait selon elle à la simple nudité, et pouvait « être aussi bien un dessin ou une sculpture qu'une photographie ou un film » (3). Dans cet esprit, le législateur ajouta, à l'initiative du sénateur Charles Jolibois, le terme de « représentation » en 1998 dans le corps de l'article 227-23. La représentation pornographique d'un mineur est désormais poursuivie comme son image. Que signifie ce terme de représentation ? Charles Jolibois expliqua qu'il s'agissait de réprimer les images virtuelles (4). Mais les associations d'extrême droite et de défense de l'enfance se sont emparées de l'aubaine pour poursuivre les représentations artistiques.

« La représentation pornographique d'un mineur est désormais poursuivie comme son image. »

Dans une autre affaire (5), la Cour de cassation a condamné un importateur de mangas vidéos en 2007, au motif qu'ils représentaient un personnage de bande dessinée, « manifestement un jeune enfant, ayant des relations sexuelles avec des femmes adultes ». Les œuvres représentant un mineur imaginaire, telles que dessin, peinture, sculpture, installation, sont désormais répréhensibles si elles sont jugées pornographiques, selon cet arrêt.

Les nouvelles dispositions du Code de procédure pénale, issues également de la loi du 17 juin 1998, et donc pensées en même temps que ce terme de « représentation » par le législateur, obligent à soumettre, avant tout jugement au fond, les personnes poursuivies pour un délit fondé sur les articles 227-23 ou 227-24 du Code pénal à une expertise médicale, l'expert étant interrogé sur l'opportunité d'une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire (article 706-47), et permettent une expertise pour évaluer le préjudice subi par les victimes mineures (article 706-48). Les apologues de la répression de la pédophilie jusque dans le cœur des œuvres seraient-ils prêts à demander que les écrivains, les cinéastes et les artistes « déviants » soient soumis à une expertise médicale ? Personne, à ma connaissance, n'est encore allé jusque-là, mais on voit bien l'ambiguïté de ce dispositif, parfaitement logique pour la lutte contre les vraies images pédophiles, mais absurde dès lors qu'il prétend s'appliquer aux œuvres. Il est pourtant complété par un autre délit pénal, l'article 227-24, qui n'était pas prévu dans le projet gouvernemental et fut ajouté par la Commission mixte paritaire à l'initiative de la Fédération des familles de France. Ce nouveau délit réprime beaucoup plus largement que l'outrage aux bonnes mœurs : sont désormais pénalement répréhensibles les messages violents, pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsqu'ils sont suscepti-

bles d'être vus ou perçus par un mineur. Avant l'article 227-24, le fait que la victime de l'outrage aux bonnes mœurs fut un mineur était une circonstance aggravante de l'infraction et doublait les peines encourues. L'article 227-24 en fait un élément constitutif du délit, et sanctionne le message non plus seulement en raison de sa nature, mais de la violence que peut constituer le message, à raison de son contenu, pour un mineur.

Ces deux nouveaux articles figurent au milieu de ceux qui répriment les atteintes sexuelles contre les mineurs. La représentation est donc considérée comme un fait aussi grave que l'acte réel lui-même, ce qui est préoccupant. Certains ont salué un renfort de la liberté d'expression. J'y vois au contraire un pas complémentaire vers la confusion des genres, et un coup violent porté à la liberté de création, car l'ancien dispositif légal avait le mérite de la cohérence : il concernait explicitement l'ordre symbolique et référait à une norme morale. Notre nouveau droit entérine le fait que l'ordre symbolique équivaut à la réalité. Madame Bovary existe donc, désormais, de façon très « réelle ». Le système est en outre d'une hypocrisie rare. Les tribunaux correctionnels, chargés d'appliquer la loi pénale, ne sont pas chargés de prendre des décisions de censure à proprement parler. La publication d'un livre peut entraîner une sanction pénale pour son éditeur ou son auteur, sans que le livre ne disparaisse pour autant des rayons.

LE RÔLE DES ASSOCIATIONS

L'utilisation de ce dispositif par les défenseurs de l'enfance et de la morale, certes avec un insuccès quasi constant, contraint pourtant éditeurs, producteurs et organisateurs d'expositions à comparaître devant le juge pénal. Et l'aléa judiciaire fait peser sur la liberté de créer et de publier une épée de Damoclès parfaitement injustifiée. La loi permet de façon désormais claire aux associations, dont la compétence pour déposer plainte vient d'être encore accrue, de mener des croisades qui leur donnent accès aux médias et leur permettent de faire du prosélytisme contre les œuvres.

On se rappelle du procès d'Outreau, en 2004-2005, et de la manipulation de la parole de l'enfance qu'il a mise en évidence, lorsqu'on vit l'avocate de l'association L'Enfant bleu chuchoter à l'oreille d'un enfant interrogé le nom d'une prétendue coupable (pratique que connaissent bien tous les avocats qui ont assuré une défense aux assises dans ce genre de dossier), qui fut reconnue innocente par la suite. On se rappelle aussi que devant la commission d'enquête parlementaire (6), la même avocate de L'Enfant bleu renouvela contre toute vraisemblance ses accusations à l'encontre de certains acquittés et réaffirma qu'« un enfant ne ment pas » (*Le Monde*, 3 février 2006). C'est la même association qui réclama l'interdiction du roman *Rose bonbon* de Nicolas Jones-Gorlin au ministre de l'Intérieur en

4. Sénat, séance du 30 octobre 1997, *Journal officiel*, p. 3145.

5. Chambre criminelle 12 septembre 2007 N° de pourvoi : 06-86763.

6. Voir le point E « Le rôle contesté des associations parties civiles » du Rapport n° 3125 de la « commission d'enquête chargée de rechercher les causes des

dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement », du 6 juin 2006, sur <<http://www.assemblee-nationale.fr>>.

2002, et déposa une plainte qui heureusement fut classée sans suite. Plutôt que d'éviter que ces associations dont ce n'est ni le rôle ni l'objet ne se mêlent de jouer les censeurs, ce qui était normalement assuré par le dispositif légal jusqu'en 2004, puisque seul le parquet pouvait agir sur le fondement des articles 227-23 et 227-24 (cela n'empêchait pas les associations d'agir, mais elles étaient irrecevables), la loi du 3 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance est venue remédier à ce que d'aucuns considéraient comme une lacune (7), en offrant la répression des représentations artistiques aux associations comme La Mouette ou L'Enfant bleu sur un plateau en argent massif. Désormais, elles peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile, pour l'article 227-24, aux côtés du procureur et de la victime. Et toute association inscrite auprès du ministère de la Justice peut agir pénalement, même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le parquet ou la victime en ce qui concerne l'infraction mentionnée à l'article 227-23 du Code pénal. C'est-à-dire non seulement en cas d'image d'enfant pornographique (photographie, film), ce qui est effectivement le rôle de ce type d'associations, mais en cas de représentation artistique accusée de mettre en scène un mineur (y compris un mineur fictif) dans une scène pornographique.

Grâce à cette loi passée en catimini, la deuxième plainte de l'association La Mouette a pu régulariser sa constitution de partie civile en 2008 auprès du juge d'instruction, dans la mesure où le parquet avait préalablement mis en mouvement l'action publique. Entre les associations qui protègent l'enfance, et se mêlent de création, celles qui défendent des valeurs d'extrême droite et un intégrisme catholique agressif, très actives sur le terrain judiciaire et administratif (8), et les associations confessionnelles qui ont également recours aux tribunaux, il est certain que le parquet n'est plus le seul procureur contre les œuvres. La censure s'est-elle pour autant privatisée ? Il faut rappeler ici que le rôle de l'État est déterminant, puisqu'il met le pouvoir judiciaire au service de l'application de la norme édictée par le Parlement. Le Parlement a donné en 2004 des pouvoirs exorbitants aux associations de défense de l'enfance, n'est-ce pas une manière de se dédouaner de ne pas mettre en œuvre la politique pénale que souhaiteraient ces nouveaux censeurs privés ? Mais puisque le juge reste heureusement décisionnaire, il n'y a pas tant une privatisation de la censure que multiplication des possibilités de recours pour ceux qui veulent faire interdire ou condamner les œuvres. La judiciarisation de la liberté de création est certainement préférable aux oukases ministériels des années 1950 à 1980. Mais la démultiplication des possibilités de poursuivre les œuvres crée un climat d'insécurité juridique parfaitement illégitime pour ceux dont le métier est de créer ou de montrer des œuvres.

« La démultiplication des possibilités de poursuivre les œuvres crée un climat d'insécurité juridique parfaitement illégitime pour ceux dont le métier est de créer ou de montrer des œuvres. »

QUE RÉCLAME LA PLAINE ? LA MORT !

L'exposition *Présumés innocents* s'est déroulée normalement. Elle n'a fait l'objet d'une plainte qu'une fois terminée, ce qui est paradoxal, le danger encouru, si danger il y avait, étant expiré avec la fin de l'exposition. À quoi bon, dès lors, déposer une plainte, si ce n'est pour donner une leçon au milieu de l'art ? Écoutons la plaignante, Annie Gourgue présidente de La Mouette : « En essayant de nous faire passer un message d'art, les images sont extrêmement choquantes, et sont détournées au profit de la vision d'adultes pervers, masochistes et morbides. » L'art n'est donc plus art, mais un prétexte pour des images pédophiles. « Nous irons jusqu'au bout », déclare-t-elle au *Monde* (le 21 décembre 2000), alors qu'elle n'a pas vu l'exposition et se fonde sur le catalogue. « Nous

ferons tout pour que cette exposition ne soit plus présentée nulle part et que le catalogue soit saisi. Je voudrais que les œuvres soient détruites ou, au moins, que les artistes les reprennent chez eux et ne les exposent plus jamais. » Une croisade judiciaire, donc.

QUE DIRENT LES PREMIERS JUGES ? CECI EST DE LA PORNOGRAPHIE !

La plainte est déposée le 24 octobre 2000, juste après la fin de l'exposition. L'instruction a dû coûter un joli budget à l'État, puisqu'elle s'est déroulée à grand renfort de commissions rogatoires internationales, les artistes exposés étant parmi les plus prestigieux du monde entier, ce qui a certainement contribué à donner de la France l'image d'une République éclairée et amie des arts. La chancellerie n'a pas jugé bon de siffler la fin de la partie pendant les neuf ans qu'a duré l'"enquête". Après leurs vaines recherches, les juges ne sont en effet pas plus renseignés qu'au moment de la plainte, mais que cherchaient-ils à savoir ? Connaître les œuvres exposées ? « Les investigations diligentées sur commission rogatoire ne devaient pas permettre d'identifier et de retrouver toutes les œuvres exposées », écrivent les juges dans l'ordonnance qui renvoie pourtant les organisateurs de l'exposition devant le tribunal, le 19 juin 2009 ! Organisateurs (le directeur du musée et les deux commissaires de l'exposition) qu'ils ont pu, écrivent-ils pour justifier ces neuf années, identifier grâce à l'enquête... alors que leurs noms apparaissaient dans la plainte et sur tous les documents faisant la promotion de l'exposition. Ce n'est pas sérieux. Que disent les juges d'instruction de Bordeaux de l'exposition jugée après avoir eu lieu et d'après catalogues ? Quelle lecture font les magistrats des œuvres accusées par La Mouette d'être pédophiles ? Que l'œuvre de Paul Mc Carthy, qui représente « un mannequin nu à partir du nombril tenant une poupée à bout de bras, la tête revêtue d'un masque disproportionné avec un long nez, le corps étendu sur le sol, avec entre les jambes relevées et écartées une peluche, portant une tête de nain, les deux mains appuyées

7. Cf. Agnès Tricoire, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse* n° 196, novembre 2002, p. 158.

8. Comme l'association Promouvoir basée à Carpentras, ou l'AGRIF qui vient de

se faire condamner pour procédure abusive contre la collection Lambert dans l'affaire *Piss Christ*, TGI Avignon référé 20 avril 2011, inédit.

sur le ventre dénudé du mannequin », est pornographique (9). L'œuvre s'appelle *Innocence* (*Appearance of Innocence*, Disney as Mother, Father as Mother, Mother as Fantasy), et elle ne représente a priori aucun rapport sexuel. Elle évoque les bouleversements induits par l'industrie culturelle dans le rôle parental, ce qui est également ce que dénonce Bernard Stiegler (10). On peut y voir autre chose, puisque les œuvres sont librement interprétables et qu'il n'existe pas une seule façon de les recevoir. C'est bien le propre des œuvres. L'analyse qu'en font les juges serait donc recevable hors d'un jugement de droit. À condition qu'elle soit argumentée, elle formerait alors un jugement critique. Ici, elle est purement dénonciatrice, sans convaincre ni de son bien fondé ni de sa validité. Cet exemple est tout à fait symptomatique du différend entre, d'un côté, La Mouette et les juges, et de l'autre côté l'art (et non pas l'exposition, puisque cette œuvre n'était pas exposée mais figurait seulement dans le catalogue, alors que les poursuites pénales visent les organisateurs de l'exposition, mais pas les éditeurs du catalogue...). L'exposition et son catalogue critiquent la représentation de l'enfance dans le monde marchand, entre enfant roi et enfant marketing, entre enfant "innocent" et complexité de l'enfance, entre enfance protégée et enfance manipulée. Cette procédure pénale s'attaque donc à ce qui devrait relever du domaine du libre débat. Où est la pornographie dans l'œuvre de Paul Mc Carthy ? Il n'y a pas d'enfant soumis à un rapport sexuel, mais seulement un jeu de représentations, installation, sculpture. Le refus des juges d'instruction de toute critique sociale au nom d'une morale rigide conduit en l'espèce à une interprétation de l'œuvre plus que subjective, qui parle autant, bien que par affirmation sommaire (ceci est de la pornographie) de ce que les juges voient dans l'œuvre, et donc d'eux-mêmes, que de l'œuvre.

Autre exemple : une photographie d'Elke Krystufek la représente nue, sexe caché, de face sur un lit, tenant une poupée debout face à elle dans ses bras, nue également. Deux autres poupées sont derrière elle, plus loin, dans le lit également, nues également, de face et sexe caché. C'est donc une artiste majeure (au sens de l'âge) qui joue avec des poupées. L'œuvre s'appelle *Love by Memory* (11). Il n'y a pas d'enfants, contrairement à ce que disent les juges d'instruction, qui prennent la poupée figurant derrière l'artiste à droite de l'image pour une enfant, et confondent donc la fiction avec la réalité. Il n'y a, en outre, aucun geste qui permettrait de justifier l'accusation de pornographie : quand bien même le deuxième personnage serait une personne, elle se tient à un mètre de l'artiste, dans son dos, regarde en rigolant vers un ailleurs qu'elle pointe du doigt. Comment les juges peuvent-ils voir dans cette image de la pornographie ? Il ne suffit pas de l'affirmer, encore faudrait-il le justifier, l'expliquer. Les juges ne peuvent rester dans un tel flou alors qu'il s'agit pour eux de faire exception à une liberté fondamentale, celle de créer et d'exposer les œuvres. Citons encore un joli contresens, à propos d'un texte

« Comme dans tous les procès de censure aujourd'hui, les juges refusent la solitude du jugement de goût à laquelle les contraint le législateur, et se fondent sur la réception de l'œuvre ou des œuvres par des tiers pour étayer leur décision. »

cette fois, une citation de l'artiste Christian Boltanski qui explique comment il a photographié *Les Enfants de Berlin* (nous sommes toujours dans le catalogue de l'exposition *Présumés innocents* qui a servi à la plainte) : « J'avais fait mettre les enfants en rang

et je les prenais au flash les uns après les autres... c'était comme si je les fusillais... » Cette phrase est poursuivie comme message violent diffusé à un mineur. Comme si la métaphore n'était pas évidente. Comme si l'artiste qui met lui-même en question la violence symbolique de son dispositif, et l'on reconnaît là les scrupules d'un homme éthique, avait commis la moindre violence réelle vis-à-vis des enfants photographiés. Cette phrase est lue par l'institution judiciaire à un degré qui n'est pas même compréhensible, puisque les photographies des enfants montrent, si les juges avaient un doute, qu'ils sont bien vivants. Les neuf ans d'instruction, temps infiniment long et déraisonnable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,

auraient dû permettre, a minima, aux magistrats de consulter avec profit quelques ouvrages sur la question de la représentation, de la distance, et du *comme si* cher à Aristote.

L'ordonnance qui renvoie les organisateurs de l'exposition devant le tribunal le 19 juin 2009 est démentie par la cour d'appel qui prononce un non-lieu le 2 mars 2010, au motif que le caractère violent, dégradant pour la personne humaine, ou pornographique, n'est pas démontré, et qu'en tout état de cause, il n'est pas démontré que les œuvres présentées aient été susceptibles d'être vues ou perçues par un mineur, puisque les organisateurs avaient mis en place une signalétique particulière pour certaines œuvres, ou demandé à des surveillants d'interdire l'accès à certaines œuvres, et que ces consignes avaient été respectées. L'affaire est terminée depuis l'arrêt de la Cour de cassation. Reste à analyser les solutions qui montrent un certain décalage entre le monde judiciaire et l'injonction législative.

L'INTERPRÉTATION PERMISSIVE : CECI N'EST PAS QUE DE LA PORNOGRAPHIE...

La cour d'appel de Bordeaux fonde le non-lieu sur trois arguments :

1. Le fait que l'exposition a été vue par de nombreuses personnes qui n'ont pas protesté, que sur quarante-sept personnes ayant encadré les visites de groupe, seule une avait été choquée, que de bons retours avaient été reçus par le rectorat : comme dans tous les procès de censure aujourd'hui, les juges refusent la solitude du jugement de goût à laquelle les contraint le législateur, et se fondent sur la réception de l'œuvre ou des œuvres par des tiers pour étayer leur décision.

2. Quand ils énoncent leur propre jugement sur les œuvres critiquées par la Mouette, ils affirment que ces œuvres peuvent

9. On peut voir cette œuvre sur : <<http://www.galerie-vallois.com>> (rubrique « artistes »).

10. Bernard Stiegler, *Prendre soin de la jeunesse et des générations*, Flammarion,

Paris, 2008.

11. On peut la voir sur le site <<http://phomul.canalblog.com>>.

surprendre, interpellé ou choqué, ce qui, la CEDH l'affirme depuis l'arrêt *Handyside* (12), est tolérable et même souhaitable dans une démocratie, « *mais qu'elles ne pouvaient être perçues comme présentant uniquement un caractère pornographique au sens d'une représentation grossière de la sexualité blessant la délicatesse et tendant à exciter le sens* ». Ici, deux observations.

D'où vient cette définition de la pornographie ? De l'interprétation jurisprudentielle de l'outrage aux bonnes mœurs, ex-article 283 du Code pénal abrogé en 1994. À nouveau délit, définition obsolette de ce qui ne constitue plus en soi un délit, la pornographie étant libre. La seule contrainte et d'éviter qu'elle ne soit visible par les mineurs. Si ces images et représentations artistiques ne sont pas « *uniquement* » « *pornographiques* », ce serait donc qu'elles le seraient un peu ? Le pourvoi énonce à raison cette incohérence : si l'œuvre est pornographique, même un peu, alors, le délit serait constitué si elle est susceptible d'être vue par un mineur. La Cour de cassation passe outre. Dès lors, « *est pas punissable une œuvre qui blesse un peu la délicatesse et excite un peu les sens, mais ne fait pas que cela* ». Le terrain est mouvant, d'autant que cette affirmation porte sur un ensemble d'œuvres. Autant les premiers juges, qui se contentaient de décrire les œuvres et d'affirmer qu'elles étaient pédophiles ou pornographiques, ou violentes, ne rendaient aucun compte des raisons pour lesquelles de telles accusations étaient proférées, ce qui est particulièrement grave, autant les juges d'appel bottent en touche, en usant d'un artifice qui aurait bien pu ne pas convaincre la cour suprême.

3. Dernier argument pour prononcer le non-lieu, une signalétique particulière avait été mise en place pour certaines œuvres, des surveillants postés près des plus explicites (une vidéo de Elke Krystufek se masturbant avec un concombre), et que l'information ne permettait pas de démontrer que les mineurs avaient eu accès au catalogue et à l'album sur lesquels la plainte était fondée. Or l'article 227-24 se contente de dire que le délit est constitué si le message est susceptible d'être vu par un mineur. Les précautions suffisent donc, et cet argument est un pas de plus dans les exigences issues de l'article 227-24, sans aller toutefois jusqu'à l'interdiction aux mineurs imposée à tort par la ville de Paris pour l'exposition Larry Clark.

On se souvient qu'en 2003, saisi par l'association Promouvoir, le tribunal correctionnel de Carpentras condamnait l'éditeur Léo Scheer pour avoir publié *Il entrerait dans la légende* de Louis Skorecki (13). Le tribunal faisait une curieuse lecture de l'ouvrage litigieux, particulièrement subjective, décidant que peu importent les intentions de l'auteur quant au genre littéraire recherché, le livre « *est un monologue d'un tueur en série, principalement de femmes, et surtout de fillettes. Il n'est qu'une succession ininterrompue de scènes décrites avec une*

extrême crudité, de meurtres sauvages, avec recours délibéré à la violence gratuite, et de sévices sexuels, en particulier sur de jeunes enfants ». Le critère de la pornographie n'était donc plus l'acte sexuel réel, mais la crudité de la représentation. C'était ensuite le reproche de l'absence de précautions qui fondait la condamnation : « *L'ouvrage (...), destiné à un public adulte, a été diffusé sans aucune précaution ou avertissement ; au contraire, la couverture blanche et sobre évoque plutôt une collection littéraire classique et ne laisse pas présager son contenu. L'élément moral du délit est quant à lui constitué par la seule conscience de diffuser un message violent ou de caractère por-*

nographique accessible à un mineur. » Autrement dit : ce n'est pas de la littérature, c'est de la pornographie, donc ça ne doit pas se présenter comme de la littérature. Pour les juges, ce roman n'est ni un roman ni de la littérature, si l'on comprend bien le reproche d'avoir une couverture de « *collection littéraire classique* ». Les juges se donnent ici le pouvoir, par cette disqualification préalable, de lire le contenu dans un sens univoque, littéral et prétendument objectif, alors que c'est précisément parce qu'elle est polysémique que l'œuvre est œuvre. Ce jugement a été réformé par la cour d'appel de Nîmes le 8 avril 2004, au motif que, puisque le ministre de l'Intérieur, également saisi par Promouvoir, n'avait pas cru devoir l'interdire, il est « *invraisemblable d'exiger d'un éditeur d'avoir sur un ouvrage qu'il édite une analyse plus restrictive que celle du ministre dont l'attention a été spécialement appelée par l'association Promouvoir et de considérer que, contre l'avis des autorités compétentes, son livre aurait dû être interdit aux mineurs* ». La Cour de cassation a confirmé la relaxe sur les mêmes arguments (14). Il n'y a cependant pas de quoi être complètement rassuré, puisque la diffusion du livre dépend de l'analyse du ministre de l'Intérieur. Si ce dernier avait émis un autre avis, aurait-on évité la confusion judiciaire entre jugement de goût et jugement de droit ? En tout état de cause, aucune précaution particulière n'était exigée alors qu'il existe une loi, celle de 1949, dont l'article 14 protège les mineurs de la littérature pour adultes. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'une exposition d'œuvre : si aucune loi ne confie au ministre une mission de surveillance des Beaux-arts, peut-on en déduire que le milieu doit s'autoréguler, ou bien qu'il est parfaitement libre ? La décision de la cour d'appel de Bordeaux tend à valider la première solution. Mais une autorégulation selon quelles règles ? Qui interprète les œuvres dont on doit protéger les mineurs ? Lesquels ont, à partir de 15 ans, une liberté sexuelle réelle mais doivent subir un interdit représentationnel !

Certaines œuvres exposées n'étant pas reproduites dans le catalogue ou l'album liés à l'exposition *Présomés Innocents*, les juges d'appel estiment que l'action pénale est impossible : pour juger une œuvre, il faut la voir... Ce minimum d'éthique judiciaire aurait pu sauter aux yeux des juges d'instruction.

12. CEDH 7 décembre 1976, cf. sur ce point Henri Leclerc, « Les principes de la liberté d'expression et la Cour européenne des droits de l'homme », *Légipresse* 1999, II, p. 145.

13. TGI Carpentras, 7 mars 2003, *Consorts Bonnet et autres c/L. Scheer et CA*

Nîmes, 8 avril 2004 ; Agnès Tricoire, « Louis Skorecki redevient romancier : l'auto-nomie de l'œuvre au crible du droit », *Légipresse*, juin 2005-III, p. 125.

14. Cass. crim. 19 janvier 2005, n° de pourvoi 04-83049.

CONCLUSION

Dix ans de procédure, d'enquête coûteuse, trois mises en examen, une enquête internationale étaient-ils nécessaires pour comprendre qu'il eut été gênant de poursuivre la RMN, librairie dans laquelle les seuls *corpus delicti* retenus par la plainte, l'album et le catalogue, étaient vendus ? Un directeur de musée, directeur depuis lors de la prestigieuse ENSBA à Paris, et une conservatrice en chef ? On pourrait se rassurer en constatant que les procès contre les œuvres échouent. La loi serait alors d'ordre symbolique. Mais de quoi est-elle le symbole ?

Quand les juges relaxent, ou qu'ils refusent de poursuivre, c'est au moyen d'un déni de la loi. Car la loi est si mal rédigée, et de façon tellement large et iconoclaste, qu'elle permettrait, si elle était appliquée à la lettre, de vider les bibliothèques, les cinémas et les musées : *La Mort de Sardanapale* de Delacroix n'est-elle pas accessible aux enfants au Louvre et proprement terrifiante ? Toutes ces femmes nues, dont le massacre effraie même les chevaux, est-ce digne ? Il y aurait aussi fort à faire dans les églises : cachons ces crucifixions d'un sadisme insoutenable et tous ces angelots qui montrent leurs fesses dodues... Ce n'est bien entendu pas ce qui se passe en réalité. La première absurdité de cette loi est donc sa non-application : si tous les messages violents, pour ne prendre que cet exemple, étaient constitutifs d'un délit, plus une bagarre de bande dessinée ne serait diffusable. On pourrait aussi réécrire l'histoire, masquer l'actualité : plus que des guerres propres, sans victimes. Le couperet tombe peu et, excepté l'activité de la production pornographique au sens propre (minitel, journaux, sites internet) et le cinéma dont ces dispositions inspirent concrètement la classification administrative, cette loi ne sert qu'à poursuivre une œuvre de temps en temps, au bon gré de

« La loi est si mal rédigée, et de façon tellement large et iconoclaste, qu'elle permettrait, si elle était appliquée à la lettre, de vider les bibliothèques, les cinémas et les musées. »

ces associations qui sont désormais dans la toute puissance. Comme l'a affirmé l'avocate de la Mouette, l'échec judiciaire importe peu, car ce que retient le public, c'est la plainte dont la presse s'est largement fait l'écho. La Mouette a donc gagné sur le plan médiatique, sur le plan symbolique, sinon sur le plan judiciaire. Dans une société à la fois ultralibérale et répressive, la censure rassure : si tout est permis, il y a des limites. La protection de la jeunesse telle qu'elle est aujourd'hui conçue

focalise son attention sur des valeurs qui se sont en partie effondrées, et réussit plus ou moins à normer la visibilité des œuvres (pour les beaux-arts et la littérature, c'est un échec, mais pour le cinéma, on peut parler au contraire d'une vraie réussite). Les enfants ne sont ici qu'un prétexte, car si l'on en croit la dernière Défenseur des enfants Dominique Versini, les mineurs ne sont plus correctement protégés (elle prend comme exemples la justice pénale des mineurs ou le sort réservé aux enfants étrangers). Notre société a construit le paradoxe de mineurs perçus à la fois comme

nouvelle classe dangereuse et comme parfaitement innocents dès lors qu'il s'agit des représentations artistiques. Bien d'autres choses que l'art contemporain, la littérature ou le cinéma les mettent en danger.

L'art nous montre tous nos dysfonctionnements, parfois sans pitié (15). Cette exposition nous renvoyait à une réflexion sur la représentation des mineurs, précisément. Que l'on sache, les pédophiles ne trouvent pas leur inspiration dans les salles des musées. La censure demande trop aux juges qui le refusent. Il serait temps que le Parlement cesse ses injonctions irréalistes et accepte de réformer les articles 227-23 et 227-24 en créant une exception pour les œuvres. Que l'on cesse de confondre réalité et représentations artistiques et fictionnelles, est-ce trop demander au XXI^e siècle ?

A. T.

15. Cf. Agnès Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, La découverte, mars 2011.