



HAL
open science

Silence, censure, oubli et droit

Laurent Sermet

► **To cite this version:**

Laurent Sermet. Silence, censure, oubli et droit. Revue juridique de l'Océan Indien, 2009, 09, pp.111-120. hal-02544129

HAL Id: hal-02544129

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544129>

Submitted on 16 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Silence, censure, oubli et droit

Laurent SERMET

Professeur de Droit public à l'Université de La Réunion

Comment penser les rapports entre silence, censure, oubli et droit ? Loin d'être mineurs ou dénués d'intérêt, comme nous avons pu le penser a priori, les rapports que chacun des trois termes paraissent entretenir avec la notion de droit donnent lieu à des interrogations multiples et riches. Proposons les quelques pistes suivantes.

I - Les interrelations entre droit et censure

Soit la relation entre la censure et le droit, qui semble la plus aisée à concevoir. Il existe un droit de la censure, dont on imagine qu'il procède par autorité et coercition et qui s'inscrit contre l'expression d'un discours rejeté parce qu'il contrevient à un corps politique ou social dominant, qu'il s'agisse d'idées, d'opinions ou de croyances. Plus largement, la censure se définit comme la négation de la différence, de l'altérité. Il faut logiquement considérer qu'elle est l'une des expressions du pouvoir et qu'elle est aussi vieille que lui. Dans un Etat autoritaire, soit dans une société de pouvoir, pouvoir et censure sont pratiquement synonymes¹. L'introduction d'une pensée philosophique et scientifique dans l'exercice du pouvoir, à compter du siècle des Lumières², a renouvelé les articulations entre pouvoir et censure en France. Une corrélation est apparue entre la mise en cause de la toute puissance du pouvoir et l'émergence de l'individu favorisée par la rationalisation du gouvernement des hommes. A l'inverse de la société de pouvoir, la société de droit favorise la liberté de l'homme et donc la liberté d'expression. Les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen révèlent cette entreprise considérable de définition de la liberté d'expression ³ dont les éléments juridiques sont au nombre de trois : droit individuel, droit de portée politique et droit limité.

¹ Lorsque toute forme de pensée est perçue comme ennemie du pouvoir en place, la répression de ce qui échappe à la 'pensée' unique prend place. Dans la Chine communiste de la fin des années soixante, à la demande de Mao Zedong, les universités furent fermées et les jeunes intellectuels – souvent des lycéens - envoyés dans les campagnes à des fins de prétendue rééducation idéologique. Cette politique de nivellement par le bas inspira plus tard les dirigeants Khmers. Dai Sijie, Balzac et la petite tailleuse chinoise, Folio, 2001, narre la découverte, dans les camps chinois, d'ouvrages de littérature française évidemment interdits, qui sont tant des éléments de survie qu'une résistance à l'oppression.

² Voir « Autorité dans les discours et dans les écrits », in Textes choisis de l'encyclopédie, Les classiques du peuple, Ed. sociales, 1962. « J'entends par autorité dans le discours le droit qu'on a d'être cru dans ce qu'on dit : ainsi plus on a le droit d'être cru sur parole, plus on a d'autorité. Ce droit est fondé sur le degré de science et de bonne foi qu'on reconnaît dans la personne qui parle. La science empêche qu'on ne se trompe soi-même et écarte l'erreur qui pourrait naître de l'ignorance. La bonne foi empêche qu'on ne trompe les autres et réprime le mensonge. **C'est donc les lumières et la sincérité qui font la vraie mesure de l'autorité dans le discours** » (CNQS).

³ Article 10 : « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de

Comme droit individuel, fondé sur les principes d'égalité et de liberté¹, la liberté d'expression est l'élément indispensable à l'épanouissement du sujet de droit et implique qu'autrui dispose d'une égale liberté d'expression. Ce droit a un prolongement politique, qui agit au niveau de la société tout entière, qui dépasse le cadre d'une interaction individuelle. A juste titre, la Cour européenne des droits de l'homme associe liberté d'expression et société démocratique : « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de la société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Elle vaut non seulement pour les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'y a pas de société démocratique* » (arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*, 1976). Dès lors, la censure apparaît comme une limite à la liberté d'expression. Elle prend deux formes juridiques possibles. Soit elle est préventive et préalable à la délivrance publique de l'opinion incriminée et ses effets sont drastiques car ils empêchent toute communication de l'expression. Soit la censure est répressive et elle n'intervient qu'*ex-post facto*. Alors qu'elle était le principe du pouvoir, la censure devient l'exception juridique au service du principe de la liberté d'expression. Le raisonnement des libertés publiques doit être repris ici. Sur l'arrêt *Baldy*, relatif aux limites juridiques du pouvoir de police, le commissaire du gouvernement Michel expliquait que : « *la liberté est la règle et la restriction de police (justifiée pour les besoins de protection de l'ordre public) l'exception* »². Du coup, la connotation péjorative attachée à l'effet coercitif de la censure perd de sa force puisque le bien-fondé juridique de celle-ci peut être discuté et mis en cause. Dans ces conditions, dans une société de droit, le terme de censure reste-t-il approprié et ne doit-il pas être abandonné au profit de la notion de limite à la liberté d'expression ?

La censure vise toutes les formes d'expression et sa permanence doit être relevée. La récente affaire Dieudonné, humoriste interdit de spectacle, illustre l'idée³. Il est reproché à l'artiste d'avoir quitté une émission de télévision, le 1^{er} décembre 2003, déguisé en juif orthodoxe et vêtu d'un treillis militaire, en saluant le bras droit tendu et en concluant sa tirade sur l'*axe du bien américano-sioniste* par un « *Isra...heil* ». Si l'on peut conduire une analyse pertinente sur les propos et l'attitude antisémites de l'humoriste, qui révèlent plus sa condition de victime que de bourreau⁴, il n'en reste pas moins que le juriste ne peut éviter de poser le débat en ces termes : le genre humoristique doit-il aussi être frappé par des limites légales ? Le genre littéraire est aussi visé par ce débat. Sous le second Empire, en 1857, à l'instigation du procureur Pinard, eurent lieu deux procès emblématiques : celui de *Madame Bovary* et celui des *Fleurs du Mal*⁵. Le Procureur renomma l'ouvrage de Flaubert en une *Histoire des adultères d'une femme de province*, estima que l'écrivain était le principal coupable, et défendit, citations à l'appui, que l'offense à la morale publique était constituée par les tableaux lascifs (libidineux) et l'offense à la morale religieuse par les images voluptueuses mêlées aux choses sacrées. C'est l'accusation de réalisme littéraire qui était en fait portée⁶. Même si l'héroïne mourrait empoisonnée, aucune fin

l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi ».

¹ Voir Emmanuel Kant, *Doctrine du droit* : « Il n'y a qu'un seul droit inné : la liberté en tant qu'elle peut s'accorder, suivant une loi générale, avec la liberté de chacun ».

² Ccl. Corneille sur Conseil d'Etat, 10 août 1917, in Alain Fenet, *Les libertés publiques en France*, PUF, 1976. 297.

³ C. Fabre, « Dieudonné interdit d'Olympia », *Le Monde*, 20 février 2004.

⁴ Eric Marty, « Que Dieudonné se rassure ! », *Le Monde*, 6 mars 2004.

⁵ Notre article, « Essai sur les figures de la littérature et du droit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Edmond Maestri*, La Réunion, Presse de l'imprimerie Graphica, 2004, pp. 329-346.

⁶ Considéré comme le maître du roman réaliste, Flaubert dans *Madame Bovary* comme dans *L'éducation sentimentale* veut montrer, par l'obstination de la description, que la vie se défait toujours, que le désir échoue ou tourne à vide : Arlette Michel et Colette Becker, *Littérature française du XIX^e siècle*, PUF, 1993.

morale ne se dégagait du roman : « *Madame Bovary meurt, non pas parce qu'elle est adultère, mais parce qu'elle l'a voulu ; elle meurt dans tout le prestige de sa jeunesse et de sa beauté ; elle meurt après avoir eu deux amants (Rodolphe et Léon) laissant un mari qui l'aime et qui l'adore ... Une seule personne a raison, règne, domine : Emma Bovary. Voilà la conclusion philosophique du livre. Aucun personnage n'a dominé cette femme. Il faut chercher ailleurs que dans le livre, dans la morale chrétienne, qui est le fonds des civilisations modernes. Grâce à cette morale, tout s'explique et s'éclaircit. En son nom, l'adultère est stigmatisé, condamné, non pas parce que c'est une imprudence qui expose à des désillusions et à des regrets mais parce que c'est un crime contre la famille* ». La relaxe fut accordée mais il fut néanmoins reproché à l'homme de lettres : « *d'avoir parfois perdu de vue les règles que tout écrivain qui se respecte ne doit jamais franchir* ». Quant à Charles Baudelaire, le reproche majeur qui lui fut adressé fut celui de la dimension réaliste de sa poésie : « *le principe de Charles Baudelaire est de tout peindre, de tout mettre à nu. Il fouillera la nature humaine dans ses replis les plus intimes ; il aura pour la rendre des tons vigoureux et saisissants, il l'exagèrera surtout dans ses côtés hideux ; il la grossira outre mesure, afin de créer l'impression, la sensation ... De bonne foi, croyez-vous que l'on puisse tout peindre, tout mettre à nu, pourvu qu'on parle ensuite du dégoût de la débauche et qu'on décrive ensuite les maladies qui la punissent ?* ». Cette fois-ci la raison juridique l'emporta. Le tribunal condamna le poète à 300 francs d'amende, une somme énorme pour lui, et à retirer six poèmes¹.

Quelles furent les bases légales de l'incrimination qui servirent de fondement aux poursuites du romancier et du poète ? Elles se trouvent dans la loi du 17 juin 1819, *sur la répression des crimes et délits commis par voie de presse ou tout autre moyen de publication*, qui en son article 8 vise la répression des outrages à la morale religieuse, à la morale publique et aux bonnes mœurs². Avec le recul, les expressions apparaissent vagues et incertaines, favorisent à une interpénétration confuse du droit et de la morale, et accèdent à l'idée qu'alors la loi procède à un habillage juridique et formel de la censure plus qu'à un mécanisme rationalisé faisant la part entre les trois éléments de la liberté d'expression. Aujourd'hui, les limites juridiques à la liberté d'expression sont modernisées. En apparence du moins, la notion de morale n'est plus réprimée³, ce qui est un facteur de rationalité et de meilleure acceptabilité des limites à la liberté d'expression. Deux champs sont concernés par les limites à la liberté d'expression : dans le cadre de la presse et en dehors de celle-ci⁴. L'article 23 de la loi sur la liberté de la presse, du 29 juillet 1881, vise la répression pénale de la provocation aux crimes et aux délits par voie de presse ou tout autre moyen de publication, qui est suivie d'effet. L'article 24 précise les cas particuliers de provocation punissable même si elle n'est pas suivie d'effets (atteinte volontaire à la vie, à l'intégrité de la personne, agression sexuelle, discrimination raciale) ainsi que l'apologie des crimes de guerre, crimes contre l'humanité. L'article 24 bis, issu de la loi du 13 juillet 1990, vise la répression du négationnisme. En dehors de la liberté de presse, il faut se référer à l'article 227-24 du nouveau code pénal qui incrimine : « *le message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine* ». Du point de vue des principes, le système juridique français érige des limites pénales à la liberté d'expression, liées au respect de la dignité d'autrui et de soi et à la protection de l'ordre public, en tant qu'exception à la liberté d'expression. Au total, même si l'on peut

¹ Les bijoux, Le Léthé, A celle qui est trop gaie, Lesbos, Les femmes damnées, Les métamorphoses du vampire.

² « Tout outrage à la morale publique et religieuse, ou aux bonnes mœurs, par l'un des moyens énoncés en l'article 1^{er} (modes de la provocation publique), sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de seize francs à cinq cents francs ».

³ Dans CE français, Section, 18 décembre 1959, Société Les Films Lutétia, Recueil 693 : il est fait valoir qu'un maire peut valablement interdire un film sur sa commune, alors même que le film a obtenu un visa de circulation, « à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciables à l'ordre public ».

⁴ Le droit malgache de la presse (ordonnance du 14 septembre 1994 sur la communication audiovisuelle, art. 94 et s.) retient une semblable distinction entre la provocation aux crimes et délits suivies d'effets et la provocation aux crimes suivie d'une tentative de crime.

reprocher au propos sa trop grande généralité, le droit moderne, auquel le droit français contemporain prétend se rattacher, a pour ambition de réduire la part accordée au pouvoir et donc à la censure.

Le droit de la censure implique aussi une réflexion sur la censure du droit. La littérature – ou l’art – doit-elle se voir reconnaître le droit de s’affranchir du droit (la censure) pour s’épanouir ? « *Vous connaissez depuis longtemps ce que j’ai voulu établir : le droit de tout oser* », confiait Paul Gauguin en 1902 ¹, ouvrant la porte à un droit nouveau : celui de la prérogative artistique déliée de toute contrainte. A notre sens, il est juste de mettre en évidence un droit de tout oser, droit symbolique et droit préalable et inhérent au droit moral lié à l’existence d’une œuvre artistique. En 1857, Charles Baudelaire adresse des notes à son avocat par lesquelles il fustige la morale du droit, réductrice et fautive, attentatoire à l’intégrité de son œuvre, donc à son droit moral : « Il y a plusieurs morales. Il y a la morale positive et pratique à laquelle tout le monde doit obéir. Mais il y a la morale des arts. Celle-ci est tout autre. Il y a aussi plusieurs sortes de Liberté. Il y a la liberté pour le génie et il y a la liberté très restreinte pour les polissons » (Baudelaire, *Œuvres complètes*, La Pléiade). Pour autant peut-on opposer, sans contradiction, des limites au droit artistique de tout oser ? Il y a des limites juridiques, dont il a été fait mention. Leur force est de ne pas être directement reliées à la notion vague et évolutive de morale. Il y a aussi, à nos yeux, les limites artistiques à la création. Plus délicates à manier, car bien plus subjectives, elles n’en sont pas moins présentes. La littérature, l’art en général, détient certainement une fonction sociale, celle qui consiste à dévoiler des visions nouvelles, à mettre en évidence les douleurs et souffrances, ou l’ivresse et la légèreté, souvent non perçues de la société. L’expression de l’art peut aller légitimement jusqu’à bouleverser ce qui est socialement – et juridiquement – admis par la violence de l’expression. Néanmoins les bornes qui décrédibilisent l’action artistique existent bel et bien : ce sont la médiocrité, le mauvais goût, la production qui ne débouchent que le vide ou l’absence de substance. De la censure au silence, il n’y a pas un grand pas conceptuel à faire : ouvrons la réflexion à celui-ci.

II - Les interrelations entre droit et silence

Il existe un droit du silence au sens littéral du terme relatif à la lutte contre le bruit ou la nuisance sonore, qui participe à la définition du droit de vivre dans un environnement sain. Le 5 mai 1988 un décret *relatif aux modalités de mesure des bruits de voisinage* introduit en droit français une nouvelle logique fondée sur une approche scientifique de la lutte contre le bruit. Alors que jusqu’à présent la nuisance due au bruit était l’objet d’une appréciation judiciaire faite sur le fondement de la notion standard de l’*inconvenient anormal de voisinage*, une mesure acoustique dite indicateur d’émergence du bruit est utilisée (référence norme NF S 31 010). La mesure des niveaux de bruit doit être effectuée sur une durée d’au moins trente minutes qui doit comprendre des périodes de présence du bruit particulier et des périodes de présence du bruit résiduel seul. Surtout, le texte de 1988 est consolidé par la « loi bruit » (loi n°92-1444 du 31 décembre 1992 relative à la lutte contre le bruit), qui établit le droit commun de la lutte contre le bruit. L’amélioration juridique est fondée sur trois axes principaux : le renforcement du pouvoir de police des maires en matière de lutte contre le bruit, tant au niveau préventif que répressif ; le pouvoir accru des agents chargés de constater les nuisances sonores (accès aux locaux – hors domicile –, consignation des objets ou dispositifs suspectés d’être non conformes) et, enfin,

¹ Anne Pinget, Conservateur général au Musée d’Orsay, « Le droit de tout oser », *Conférence*, 3 décembre 2003, Grand Palais, Paris.

l'édiction d'amendes dissuasives élevées au maximum à 450 €. La loi est mise en application par les décrets n°95-408 et 95-409 du 18 avril 1995. Depuis 2000, ces textes sont rattachés au Code de l'environnement qui comprend pas moins de 39 lois relatives à la protection de la nature, à la qualité de l'air et de l'eau, aux industries et activités polluantes, aux déchets et à la protection du paysage.

Mais c'est du silence dans le droit dont il doit être question¹. Le silence du droit ou encore le non-dit juridique est une réalité fréquente qui doit être évoquée². Le système juridique moderne repose sur la séparation organique et fonctionnelle des pouvoirs. Chacun des trois pouvoirs est producteur de droit. Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont néanmoins des producteurs politiques. En effet, la loi est un acte politique dont les effets sont juridiques. Il en va de même pour l'acte réglementaire. En d'autres termes, l'ambition de la loi n'est pas – ou pas nécessairement – de définir un régime juridique de la façon la plus complète et précise possible. Toute loi doit être lue en fonction de son contenu juridique mais aussi de son contexte politique. La logique politique de la loi ne repose pas nécessairement sur la rationalité et peut être source de surabondance ou de non-dits. A cet égard, silence et obscurité du droit se rejoignent. Ce qui peut être aberrant en droit peut avoir des explications politiques parfaitement évidentes. Dans la colonie des Etablissements Français de l'Inde/ EFI, la France prit le parti assez singulier, tant il fut réellement respecté ici et pas ailleurs comme à Madagascar par exemple, de respecter les us et coutumes locaux, tant hindous que musulmans³. Ce respect procédait toutefois de motivations essentiellement pragmatiques. En respectant les us et coutumes, les Français achetaient la docilité des Natifs⁴. Une notion juridique très floue se fit jour : la « notion d'affaire de castes » (arrêté local du 26 mai 1827 reprise à l'identique par l'article 6 de l'arrêté local du 2 novembre 1841). La doctrine juridique fit valoir avec raison que la notion n'avait pas de consistance suffisamment précise et qu'elle ne se distinguait pas suffisamment de la notion de statut personnel⁵. Lucien Sorg proposait logiquement d'abroger le texte qui n'avait plus de raison d'être. Sa proposition ne fut jamais suivie d'effet. Cette notion clé, délibérément imprécise, constituait l'un des ciments de l'ordre colonial dans les EFI. Il était explicitement admis par les natifs que le Gouverneur était le grand juge et le législateur en matière de castes, un pouvoir fondé sur la tradition (le Mamoul). En cette matière, les décisions du Gouverneur étaient insusceptibles d'être discutées et pouvaient même intervenir dans le cours du pouvoir judiciaire. On peut parler à cette occasion d'acte de gouvernement local. Dans un rapport adressé au président de la République en 1877, il fut déclaré que toute remise en cause du pouvoir gubernatorial en ce domaine : « *produirait une désaffection de la part de cette population qui tient avant tout à ses prérogatives aristocratiques et à ses préjugés sociaux et religieux* » (rapport qui précède le décret du 18 septembre 1877 déterminant les pouvoirs du gouverneur en

¹ Hors le domaine de la sociologie juridique du silence, les champs de réflexion sur la politique du silence sont nombreux. Le régime Taliban radical n'avait-il pas imposé à la population une police de la vertu chargée, entre autres, d'interdire la musique ?

² A l'inverse, il faut évoquer, même brièvement, la situation politique opposée : celle de la cacophonie de la loi par son trop plein. Il s'agit-là d'un phénomène juridique bien connu des démocraties contemporaines : l'inflation législative qui obscurcit la lisibilité du droit. Là-encore, il nous faut nous référer aux propos du Doyen Carbonnier qui avait justement compris, par le détour de la sociologie, que le droit est une affaire de juste milieu : ni trop peu, ni trop : « *si les bonnes lois sont d'argent, le silence législatif est d'or* », in *Essai sur les lois*, Paris, 2^e éd., 1995.313.

³ Pour compenser la politique de non-interférence dans le statut personnel, des affaires de caste et de religion, le pouvoir colonial fit l'effort de reconnaître un droit de suffrage aux colons comme aux Natifs déclarés citoyens français, droit reconnu indépendamment de leur caste.

⁴ Jacques Weber montre que les Natifs furent plus exigeants s'agissant du respect de leurs coutumes qu'à l'égard du (non-)développement économique de leur colonie : *Pondichéry et les comptoirs de l'Inde après Duplex. La démocratie au pays des castes*, Denoël, 1996, pp. 69-108.

⁵ En ce sens, note critique de Léon Sorg, Président du tribunal de première instance de Pondichéry, *Avis du comité consultatif de jurisprudence indienne*, Pondichéry, Imprimerie du gouvernement, 1897, pp. 210-215. Le comité consultatif, composé de Natifs, créé en 1827, était chargé de donner un avis aux autorités coloniales sur le contenu du droit local. Le 16 octobre 1841 il se prononça sur la question suivante : quelles sont les affaires comprises sous la dénomination d'affaires de caste ?

matière de caste et de religion). La notion d'affaire de caste ne fut juridiquement clarifiée qu'avec l'arrêté du 29 juin 1918 *portant réorganisation du régime des pagodes* (art. 2-7) mais le pouvoir discrétionnaire du Gouverneur fut maintenu. La proposition juridiquement fondée de supprimer la notion d'affaire de caste ne pouvait être admise.

Le juge a une position particulière face au silence de la loi. Par opposition au législateur ou à l'exécutif, il est avant tout un acteur juridique. Serviteur juridique de la loi, il se doit de traduire le non-dit politique par la non-reconnaissance d'un droit. En d'autres termes, il déclare le vide juridique que le législateur a consacré¹. L'article 4 du Code civil l'enjoint à se prononcer même en cas de silence ou d'obscurité de la loi sous peine de déni de justice. Comme le dit si bien Jean Carbonnier : « *le silence de la loi n'arrête pas le cours de la justice* »². Face au silence de la loi, le juge peut-il créer une règle de droit et devenir ainsi, par exception, un acteur politique ? On peut considérer que l'établissement d'une règle jurisprudentielle n'est que subsidiaire (l'article 5 du Code civil prohibe le recours au règlement du juge pour trancher un litige individuel) et qu'elle reste l'œuvre juridique d'un acteur de droit. Les principes généraux du droit sont l'expression, somme toute très mesurée, de cette création normative³.

Par exception, il est un droit non politique du silence. Deux exemples significatifs peuvent être mentionnés, tirés des droits de l'homme et du droit humanitaire. Il existe un droit de garder le silence à l'occasion d'une charge pénale. Ce droit est inhérent au procès équitable et à la présomption d'innocence. Il signifie que la personne accusée n'a pas à s'auto-incriminer car la charge de la preuve du fait criminel repose, non pas sur la défense, mais sur l'accusation. En droit nord-américain, le privilège de garder le silence est expliqué par référence à l'image de la règle du renard (qui doit établir la réalité de la charge), de la règle de la vieille femme (qui doit être protégée dans sa dignité) et de la règle de l'ermite (qui est protégé pour le respect de sa vie privée en n'étant pas forcé à s'auto-incriminer). La garantie contre l'auto-incrimination n'empêche pas l'auto-accusation. Le droit international humanitaire (*ius in bello*) est une gageure humaniste et conceptuelle : comment faire pénétrer le droit en temps de conflit alors que les mécanismes pacifiques – juridiques et politiques - de règlement des différends ont échoué ? Cicéron n'avait pas entièrement tort en disant que : « *Les lois se taisent en temps de guerre* ». Tout l'effort de la seconde partie du 19^e s. et du siècle suivant a été de nier ce postulat en affirmant que la guerre n'est pas, ne doit pas être, un temps de silence du droit. Citons les 4 Conventions de Genève de 1949 et les deux protocoles additionnels de 1977 quasiment universels.

III - Les interrelations entre droit et oubli

Il existe un droit de l'oubli, heureusement marginal, qui tend à faire l'impasse sur des événements ou situations juridiques passées. Ce droit de l'oubli, c'est le droit de l'amnistie qui efface l'infraction commise et dispense a fortiori son auteur de toute peine. On doit distinguer l'amnistie de la grâce et de la prescription. La grâce, prérogative présidentielle discrétionnaire (art. 133-7 et 133-8 du Code pénal français), a pour effet, elle, de réhabiliter le coupable sans

¹ Stéphane Rials, « L'office du juge », *Droits*, 1989, p. 3 : « *les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi* ».

² Jean Carbonnier, *Essai sur les lois*, Paris, 2^e éd., 1995.313.

³ Pour une présentation critique des principes généraux créés par le Conseil d'Etat français après 1945, pour témoigner de son attachement aux principes républicains qu'il avait - peut-être - eu tendance à négliger durant la période de Vichy : Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif français depuis 1789*, PUF, 2002.326.

prendre parti sur l'infraction qui a été commise et qui demeure juridiquement déclarée. La prescription est un facteur de sécurité juridique dont l'ambition est d'éteindre les poursuites si un laps de temps suffisamment long s'est écoulé entre le jour de la commission de l'infraction et le jour des poursuites. vise toutes les infractions en droit pénal français, à l'exception des crimes contre l'humanité (art. 213-5 Code pénal français). On assiste, dans le domaine des procédures de réconciliation internes survenant après des guerres civiles, à des discussions très vives sur la question de l'amnistie. En Argentine et au Chili furent votées des lois d'amnistie générale visant à interdire la poursuite des militaires coupables de crimes liés à la dictature¹. Pour le juriste, l'amnistie est évidemment la négation de la fonction du droit. En donnant une force juridique à l'amnistie, la société fait certes formellement un acte de droit mais surtout arrête un choix politique douteux : esquiver la répression perçue comme trop menaçante pour l'ordre social. Pour échapper à la logique de l'amnistie, certains Etats ont mis en œuvre une politique intermédiaire : ni la répression comme œuvre de justice, ni l'amnistie comme œuvre politique de non-justice. En Afrique du sud, la Commission vérité et réconciliation entend les coupables déclarer publiquement leurs crimes liés à l'apartheid et les déclarer ensuite déchargés de toute peine : c'est la vérité contre la liberté².

Quoi qu'il en soit la fonction du droit est de faire œuvre de vie. Soit les propos très forts de Milan Kundera, dans *La plaisanterie*, Folio, 1985, où sont évoqués, par le héros, les travers dictatoriaux du communisme tchèque : « *Oui, j'y voyais clair maintenant : la plupart des gens s'adonnent au mirage d'un double croyance : ils croient à la pérennité de la mémoire (des hommes, des choses, des actes, des nations) et à la possibilité de réparer (des actes, des erreurs, des péchés, des torts). L'une est aussi fausse que l'autre : tout sera oublié et rien ne sera réparé. Le rôle de la réparation (par la vengeance et par le pardon) sera tenu par l'oubli. Personne ne réparera les torts commis, mais tous les torts seront oubliés* ». Propos terribles qui se situent à l'extrême opposé du droit. L'une des fonctions du droit, celle de l'immédiateté, est précisément d'arrêter les droits et les devoirs, tant sur un registre juridique que symbolique, et de déterminer les parts respectives de responsabilité des sujets de droit. A cet égard, le droit fait œuvre de lutte contre la mort, la négation, l'injustice et l'oubli. Tel était l'objet que s'était fixé le droit romain : lutter contre la mort et faire, ainsi par la loi, œuvre de vie. Il ne faut pas, à l'inverse, considérer que seul le droit fait œuvre de vie par un acte de mémoire. Jean Carbonnier, juriste et sociologue français, avait parfaitement raison de dire avec élégance que : « *le droit n'est que l'écume des rapports sociaux* ».

C'est assurément dans cette lignée que l'on doit interpréter la loi *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité* (le 10 mai 2001). Forte de cinq articles, la loi fait assurément plus un acte de mémoire que de droit. Elle arrête en son article 1 que : « *La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV^e siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un*

¹ En Argentine, la loi du «*point final*» et la loi sur le «*devoir d'obéissance*» furent adoptées en 1986 et 1987 pour empêcher d'enquêter et d'engager des poursuites pour les crimes contre l'humanité commis sous les gouvernements militaires qui se sont succédé entre 1976 et 1983. La loi du «*point final*» et la loi sur le «*devoir d'obéissance*» ont été abrogées en mars 1998. Mais cette abrogation n'entendait pas avoir d'effet rétroactif.

Le Comité des droits de l'homme, 70^e session, 16 octobre – 3 novembre 2000, a fait valoir dans une recommandation non contraignante à l'égard de l'Argentine son : « *inquiétude face à l'impunité dont semble bénéficier les responsables de graves violations des droits de l'homme sous le gouvernement militaire et recommande que soient prises des mesures visant à assurer que les personnes qui ont pris part à de telles violations n'occupent plus d'emploi dans les forces armées ou dans l'administration publique* ».

² Notre contribution : « *Essai sur les justifications de la Commission Vérité et Réconciliation* », in L. Sermet dir. *Droit et transition en Afrique du sud*, L'harmattan, 2001.93-105.

crime contre l'humanité ». Elle n'est pas dépourvue d'effets juridiques néanmoins liés à l'obligation d'envisager la traite et l'esclavage dans les manuels scolaires, de commémorer notamment par une journée annuelle en métropole la traite et l'esclavage, d'engager des négociations pour inscrire cette reconnaissance au niveau international (Conseil de l'Europe et Nations unies).

Le droit de l'oubli appelle une remarque sur l'oubli du droit, c'est-à-dire sur la volonté de ne pas soumettre un rapport juridique à l'emprise du droit. Alors qu'il est en vigueur dans l'ordre juridique, les sujets de droit choisissent de ne pas se référer à lui. Pour autant, cela ne suffit pas à l'abroger ou à le rendre caduc. En effet, seules les formes prescrites par l'ordre juridique peuvent conduire à sortir en vigueur un droit. Au moyen-âge, un dicton populaire disait : « *Le droit dort mais ne meurt pas* ». Jean Carbonnier a fait de cette situation, celle de l'oubli du droit, une réflexion importante sur la notion sociologique de non-droit par laquelle les sujets de droit (des amis, des voisins, un couple) refusent de voir leurs rapports juridiques soumis au droit¹. Le non-droit, proposition sociologique, contredit la proposition du droit positif qui impose la connaissance du droit : « *Nemo censetur ignorare legem* ». Nul ne peut, en théorie du moins, faire valoir sa méconnaissance du droit pour ne pas satisfaire à une obligation qui pèse sur lui. On doit rattacher cette maxime latine aux techniques du droit positif selon lesquelles le droit en vigueur ne peut être abrogé par la forme contraire.

Au total, les interrelations entre silence, censure, oubli et droit, brièvement évoquées ont permis de mieux définir les termes ainsi que la notion de droit. On peut se demander toutefois s'il ne faut pas parler de fluidité entre silence, censure et oubli plutôt que de véritable spécificité. Une même situation ne peut-elle pas, tour à tour, être qualifiée de censure, engendrant un silence puis un oubli ? Plus encore, ce qui est un acte de censure pour les uns, c'est-à-dire un acte d'oppression, n'est-il pas pour les autres un objet de silence (un objet délibérément tu), voire un objet d'oubli (un objet sur lequel il est fait l'impasse) ?

¹ L'hypothèse du non-droit, *Flexible droit*, 1983.24.

Annexe

Madame Bovary

Le procès intenté contre le roman de Gustave Flaubert, *Madame Bovary*, donna lieu à jugement le 9 février 1857. Le principal reproche adressé à l'écrivain fut celui de la valorisation de l'adultère. Étaient cités à comparaître, outre l'écrivain, l'éditeur et le gérant de la Revue de Paris qui avaient accepté le manuscrit pour une publication périodique. Le Procureur Pinard renomma l'ouvrage en *Histoire des adultères d'une femme de province*, estima que Flaubert était le principal coupable, et défendit, citations à l'appui, que l'offense à la morale publique était constituée par les tableaux lascifs (libidineux) et l'offense à la morale religieuse par les images voluptueuses mêlées aux choses sacrées. Le Procureur estima enfin que, même si l'héroïne mourrait empoisonnée, aucune fin morale ne se dégageait du roman : « Madame Bovary meurt, non pas parce qu'elle est adultère, mais parce qu'elle l'a voulu ; elle meurt dans tout le prestige de sa jeunesse et de sa beauté ; elle meurt après avoir eu deux amants (Rodolphe et Léon) laissant un mari qui l'aime et qui l'adore ... Une seule personne a raison, règne, domine : Emma Bovary. Voilà la conclusion philosophique du livre. Aucun personnage n'a dominé cette femme. Il faut chercher ailleurs que dans le livre, dans la morale chrétienne, qui est le fonds des civilisations modernes. Grâce à cette morale, tout s'explique et s'éclaircit. En son nom, l'adultère est stigmatisé, condamné, non pas parce que c'est une imprudence qui expose à des désillusions et à des regrets mais parce que c'est un crime contre la famille ». La relaxe fut accordée au motif qu'il n'était pas établi que les comparants se fussent rendus coupables du délit d'outrage aux bonnes mœurs et à la morale publique et religieuse. Il fut simplement reproché à l'homme de lettres : « d'avoir parfois perdu de vue les règles que tout écrivain qui se respecte ne doit jamais franchir ».

Les Fleurs du Mal

Le jugement contre *Les Fleurs du Mal* de Charles Baudelaire fut rendu le 25 août 1857. Pinard emporta cette fois l'adhésion du tribunal. Le reproche majeur qui fut adressé à Baudelaire fut la dimension réaliste de sa poésie. Le Procureur montra que : « le principe de Charles Baudelaire est de tout peindre, de tout mettre à nu. Il fouillera la nature humaine dans ses replis les intimes ; il aura pour la rendre des tons vigoureux et saisissants, il l'exagèrera surtout dans ses côtés hideux ; il la grossira outre mesure, afin de créer l'impression, la sensation ... De bonne foi, croyez-vous que l'on puisse tout peindre, tout mettre à nu, pourvu qu'on parle ensuite du dégoût de la débauche et qu'on décrive ensuite les maladies qui la punissent ? ». Le tribunal condamna le poète à 300 francs d'amende, une somme énorme pour lui, et à retirer six poèmes¹ pour violation de la morale publique et des bonnes mœurs, mais considéra non établie l'atteinte à la morale religieuse. La décision eut un prolongement judiciaire heureux. Le seul à notre connaissance dans ce domaine ! 92 ans plus tard, la Cour de cassation annula le jugement, sur la base de la loi du 25 septembre 1946, *ouvrant un recours en révision contre les condamnations*

¹ Les bijoux, Le Léthé, A celle qui est trop gaie, Lesbos, les femmes damnées, Les métamorphoses du vampire.

pour outrage aux bonnes mœurs commis par la voie du livre. Cette loi ne définit pas les conditions juridiques de la réhabilitation et laisse à la Cour de cassation, chambre criminelle, un pouvoir souverain d'appréciation. C'est une double réhabilitation que Baudelaire obtint *post mortem* : celle de la société des gens de lettres, seule habilitée à saisir la Cour en dehors de l'auteur lui-même, et celle du droit. La Cour de cassation, en sa décision du 31 mai 1949¹, se fonda sur la non-prise en compte du caractère symbolique de la poésie baudelairienne, sur sa ratification par l'opinion publique et la critique littéraire et sur l'inspiration probe du poète pour dénoncer le caractère arbitraire de la décision de 1857.

Cour européenne 1976 Handyside contre Royaume-Uni

La Cour assigna une fonction créatrice et politique à la liberté d'expression : « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels la société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Elle vaut non seulement pour les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'y a pas de société démocratique ». Ainsi la fonction politique de la liberté d'expression peut-elle laisser libre cours à des messages très divers pour autant qu'il n'y ait pas d'abus du droit.

Le droit comme œuvre de vie

Soit les propos très forts de Milan Kundera, dans *La plaisanterie*, Folio, 1985, où sont évoqués, par le héros, les travers dictatoriaux du communisme tchèque : « Oui, j'y voyais clair maintenant : la plupart des gens s'adonnent au mirage d'un double croyance : ils croient à la pérennité de la mémoire (des hommes, des choses, des actes, des nations) et à la possibilité de réparer (des actes, des erreurs, des péchés, des torts). L'une est aussi fausse que l'autre : tout sera oublié et rien ne sera réparé. Le rôle de la réparation (par la vengeance et par le pardon) sera tenu par l'oubli. Personne ne réparera les torts commis, mais tous les torts seront oubliés ». Propos terribles qui se situent à l'extrême opposé du droit. L'une des fonctions du droit, celle de l'immédiateté, est précisément d'arrêter les droits et les devoirs, tant sur un registre juridique que symbolique, et de déterminer les parts respectives de responsabilité. A cet égard, le droit fait œuvre de lutte contre la mort, la négation, l'injustice et l'oubli. Tel était l'objet que s'était fixé le droit romain : lutter contre la mort et faire, ainsi par la loi, œuvre de vie (Ippolita Avalli, entretien Marrakech, 20 janvier 2004²).

¹ Cassation criminelle, 31 mai 1949, *Bulletin criminel* n° 203 ; *Jurisclasser périodique* II 4940, rapport Falco et note Gruffy.

² Ippolita Avalli, *La déesse des baisers*, Albin Michel, 1999.