

avoir procédé à quatre nouveaux tirages les 13, 18, 20, 21 septembre 1995 de 17.700 ouvrages environ, et préparer un tirage complémentaire du livre en l'état.

Attendu que les requérants, adaptant leurs demandes à ces informations, sollicitent l'interdiction de tirages à venir mais aussi de la distribution et de la commercialisation des ouvrages non modifiés conservés dans le stock de l'éditeur, qui se réduit à néant selon les déclarations de ce dernier,

Attendu que la prescription de mesures conservatoires de nature à éviter l'aggravation du dommage s'impose dans ces conditions, selon les modalités définies au dispositif ci-après;

Attendu enfin qu'il sera fait application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ainsi qu'il sera précisé ci-après;

Par ces motifs :

Nous, ...

Déclarons la demande recevable;

Donnons acte aux Editions du Seuil de ce qu'elles déclarent ne plus avoir en son stock d'exemplaires de l'ouvrage *Une paix royale* objet des deuxième, troisième, quatrième et cinquième retrayages;

En tant que de besoin lui faisons interdiction de distribuer et commercialiser ces exemplaires contenant les passages incriminés sous astreinte de 200 FF par infraction constatée à l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures suivant la signification de la présente;

Faisons défense à l'éditeur sous la même astreinte de procéder à tout nouveau tirage de l'œuvre intitulée *Une paix royale* comportant les passages litigieux page 295, 28^e ligne « du reste, eût-elle... » à « ne plus détourner d'elle mon regard » 9^e ligne, page 296 — page 304, 5^e ligne « Rappelez-vous... » à « la gouvernante des enfants du roi » 5^e ligne, page 305;

Disons qu'il en sera référé si besoin est pour la liquidation de l'astreinte;

Désignons M^e Isidore Lachkar, huissier de justice, 109/111, boulevard Voltaire à Paris 75011, téléphone : 43.79.00.42, pour constater l'exécution de la présente décision;

Fixons à la somme de 3.000 FF la provision qui sera versée au constatant par les requérants avant le 26 septembre 1995;

Disons que l'huissier de justice désigné dressera de ses constatations un procès-verbal qu'il déposera au greffe du tribunal de grande instance de Paris (Contrôle des expertises - escalier F - 3^e étage) avant le 1^{er} octobre 1995;

Rejetons toutes prétentions plus amples;

Condamnons les défendeurs à verser au requérant la somme de 10.000 FF en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile;

Les condamnons aux dépens.

OBSERVATIONS

Démêlés judiciaires autour d'« Une paix royale » de Pierre Mertens

Comme chacun sait, le dernier roman de Pierre Mertens, *Une paix royale* (Seuil, 1995, 490 p.) a donné lieu à un litige introduit devant les tribunaux français. Deux décisions ont été rendues en référé, qui font actuellement l'objet d'un appel. Ce sont ces deux ordonnances ci-dessus reproduites, et par ailleurs déjà publiées et annotées (1), que nous voudrions à notre tour commenter. En deux temps. Pour commencer, quelques remarques et réflexions générales autour de l'affaire qui pose ce que l'on a coutume d'appeler de belles questions, c'est-à-dire des questions embarrassantes. Nous procéderons ensuite à l'analyse proprement juridique des deux décisions de justice.

I. — L'écrivain, la presse et la censure

A. — *La reconstruction de l'affaire dans la presse.*

Le brouillage et la rumeur médiatiques ayant entouré le procès engagé contre Pierre Mertens, toute analyse ultérieure est précédée d'une multitude de commentaires et d'opinions, dont on se doit de faire état, si l'on veut tenter un tour désenchanté de la question juridique.

A lire une partie de la presse, on est en présence d'un « cas de censure très rare » (*Le Soir illustré*, 27 sept. 1995, p. 31), un « cas historique » (*Le Soir*, 24 sept. 1995, p. 1). En réplique, d'autres journalistes (2) (*Pan*, 28 sept. 1995, pp. 1 et 3) se sont, bien entendu, empressés de recenser plusieurs cas similaires (notamment l'affaire opposant le président Mitterrand à Jean-Eden Hallier, histoire de démontrer que la « pudeur » existe en dehors de la famille royale belge). Le procédé journalistique est connu : pour d'autres événements encore, les gros tirages exigent de construire la rareté (c'est une loi de tous les marchés), de faire dans l'émotion historique. Passons. Plus malsaine nous paraît être la déclamation que certains ont pris à reventiquer la qualification de « censure », comme s'il s'agissait d'un label de qualité (3). La confusion risque de s'installer dans les esprits, lorsqu'on fait perdre son sens à la langue (4), et au terme « censure », pour commencer. Les

formes de censure sont sans doute multiples, mais on ne fait pas violence à la complexité des choses si l'on s'efforce de maintenir une différence entre censure (préalable, émanant d'une autorité quelconque) et sanction ou contrôle (*a posteriori*). De la même façon qu'impunité de l'art et immunité de l'artiste sont sans doute des choses différentes (voy. ci-après).

Par ailleurs, certains quotidiens (par ex., *La Dernière Heure*, 15 sept. 1995) ne semblent pas véritablement connaître les vertus du contradictoire : on s'efforce, ce qui est très louable, de prendre un peu de distance par rapport à l'événement en recueillant divers avis... d'autres écrivains uniquement. Ce n'est pas de cette manière unilatérale que l'on alimente au mieux le débat public; or, qui contestera que c'est là la grand-œuvre de la presse ?

Le jeu qui consiste à assimiler, tout en s'en défendant bien entendu, le cas Rushdie au cas Mertens, est lui aussi déplacé et déplaçant (5). D'autres ont encore tiré profit du procès pour relancer le débat sur le « royaïsme ». Mais s'agit-il bien de cela ?

Loin de nous l'intention de faire le procès de certains travers du genre journalistique. Mais dissiper certains malentendus entretenus par un usage immodéré des mots permet d'apercevoir les vraies questions, délicates et importantes, que pose ce procès, à commencer par l'étendue de la liberté d'expression dans le registre de la fiction (voy. ci-après).

B. — De l'impunité de l'art.

Quoique les procès en matière de liberté d'expression se multiplient ces derniers temps (6), il est difficilement soutenable qu'au temps passé, la liberté des créateurs était plus étendue qu'aujourd'hui. L'autorité publique n'exerce plus de contrôle *a priori* en matière littéraire (en matière de films, nous connaissons encore une Commission de contrôle des films); et les procès pénaux d'écrivains introduits à l'initiative du ministère public semblent appartenir au passé. En ce sens, l'art a conquis son « impunité », ce qui ne veut pas dire que l'auteur

(5) Voy. l'interview de P. Mertens in *Le Soir*, 25 septembre 1995, p. 2 : « je me suis évidemment alarmé de l'affaire Rushdie ou d'autres [...] Mais il est évidemment très différent de le vivre soi-même ». Sans doute, vivre un événement de l'intérieur est-il autre chose que de le vivre en intellectuel. N'y aurait-il pas de plus une différence entre vivre sous la menace de mort proférée par un Etat religieux et être condamné à un franc de dommage provisionnel par une décision française en référé ?

(6) Dans l'affaire mettant en cause le livre *Le grand secret* du docteur Gubler (T.G.I., réf., Paris, 18 janv. 1996, non publié), cette liberté est mise en avant par les parties assignées par la famille de feu le président Mitterrand. En marge du judiciaire, cette même liberté d'expression est régulièrement invoquée par ceux qui mettent sur Internet des forums de discussion au contenu douteux afin de s'opposer aux tentatives de contrôle par les autorités judiciaires ou les instances de régulation du réseau (voy. les récentes affaires « Compuserve » en Allemagne et « Calvagnet » en France; *Le Soir*, 29 janv. 1996); de même, les professionnels de la publicité brandissent depuis longtemps cette liberté en vue de s'opposer à l'adoption de lois restreignant la publicité en matière de tabac. Toutes ces affaires concernent cependant davantage la liberté d'information que la liberté de création qui constitue une autre composante de la liberté d'expression.

jouisse d'une « immunité » (pour reprendre l'expression utilisée dans la première ordonnance annotée).

Il y a impunité en ce sens que les productions symboliques ont acquis leur autonomie par rapport au champ pénal (7) : les États démocratiques et sécularisés, garants de l'intérêt public, n'interviennent plus d'office, si ce n'est pour faire interdire des propos xénophobes ou racistes, par exemple, dans le domaine de la musique rock ou rap (8). Cela étant, on reconnaît que les individus et surtout les groupements ont pris le relais de l'État, occupant le terrain laissé vide : par le dépôt de plaintes et la constitution en tant que partie civile, ces personnes privées ont tendance à remettre en cause l'indéniable avancée que constitue l'autonomisation de l'art sur le plan pénal. C'est le cas aux États-Unis, où l'on a connu ces dernières années quelques affaires de censure artistique, par exemple, à propos des œuvres de Mapplethorpe ou de Serpino dans le domaine des arts plastiques. Lorsqu'elles sont introduites par des groupes religieux — ainsi, c'est le révérend D. Wildmon qui a attaqué pour obscénité une exposition de Robert Mapplethorpe en mettant en évidence qu'elle avait bénéficié de l'argent de l'État —, ces affaires témoignent d'une résistance de certains milieux traditionalistes au processus de sécularisation de la société et d'un rejet du pluralisme des valeurs. D'autres attaques émanent de groupes minoritaires et « progressistes », et ont souvent pour théâtre les universités américaines, où l'on n'hésite pas, au nom d'une étiquette politique (le « politiquement correct », à contester les manifestations d'une culture dominante, blanche et machiste. Une nouvelle forme de censure qui n'est donc plus celle d'un État ou d'une église (9), pourrait donc se développer à travers ces actions de groupe, mais aujourd'hui, ce spectre semble encore éloigné de nos pays (latins). La censure s'opère au nom d'une idéologie (qu'elle soit d'État, religieuse, voire culturelle) qui heurte de front la liberté d'expression, tandis que les actions introduites par des particuliers directement et personnellement lésés par certaines formes d'expression sont autre chose.

À cet égard, il n'y a pas d'immunité de l'auteur. Le respect de la création d'autrui s'impose, par exemple, à l'auteur, ce qui justifie qu'il puisse être attaqué pour contrefaçon tant sur le plan civil que pénal, lorsqu'il commet un plagiat. Le respect de la personnalité d'autrui est également mis en avant, ce qui faisait écrire (en 1985) à un observateur attentif aux inflexions de la jurisprudence française : « en l'état du droit positif, un créateur ne plus plus impunément mettre en scène des personnes qu'il a connues ou avec qui il a vécu des lors qu'il révèle des faits de sa — ou de "leur" — vie privée. On conviendra que les mœurs ont bien changé ! Qu'on réalise, pour s'en convaincre, les "Mémoires d'outre-tombe" ou "Adol-

phe", et l'on verra que Chateaubriand ou B. Constant risqueraient aujourd'hui les foudres de Mmes de Beaumont, Récamier ou de Staël ! Evolution des mœurs qui tient peut-être au fait que l'art n'est plus un alibi pour "tout dire" ou, mieux encore, que chaque individu envisage à présent sa vie privée comme un patrimoine et les auteurs comme les exploitants d'une richesse qui leur appartient. La protection de la vie privée apparaîtrait comme la défense de ces mêmes richesses dont la valeur a été révélée par eux-là même qui l'utilisent à leur profit exclusif » (10). Ce phénomène de patrimonialisation accompagne l'évolution, entamée à la fin du siècle dernier, qui fait entrer les biens de la personnalité dans le champ du droit (11).

II. — Analyse juridique

A. — *Les droits en cause : protection de la vie privée et de l'honneur.*

Les biens de la personnalité sont protégés par une multitude de droits qui se recouvrent souvent : droit à la vie privée et familiale, droit à la protection du domicile, droit à l'honneur, droit à l'image, droit au secret des correspondances et communications, etc. (12). Dans l'affaire commentée, seuls les droits à la vie privée et à l'honneur sont en cause. Deux droits qui sont souvent consacrés de pair : ainsi, l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent simultanément ces droits. En revanche, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne connaît que le droit à la vie privée et familiale (art. 8, § 1^{er}), de même que la Constitution belge (art. 22). En France, l'article 9 du Code civil français énonce, dans des termes semblables à ceux de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

Le domaine d'application de ces droits est défini (13) : la protection de la vie privée protège seulement la vie personnelle et familiale (voire professionnelle, si le métier ne revêt pas de caractère public), le droit à l'honneur protège contre les propos diffamatoires ou injurieux, qu'ils portent sur la vie privée ou sur les activités publiques de la personne en cause (14). Si la diffamation a trait aux activités publiques d'une personne, la distinction conserve son sens, mais, dans nombre de cas, il y aura atteinte conjointe à ces deux droits, ce qui permet à la victime de se prévaloir des modes de protection tant de la vie privée que de l'honneur. Ainsi, une action en diffamation peut être

exercée devant le tribunal correctionnel, permettant à la victime d'obtenir la réparation du préjudice lié à la diffamation (mais pas celui résultant de l'atteinte à la vie privée). Le plus souvent, la victime va agir devant les juridictions civiles pour demander réparation du préjudice causé à la fois par la diffamation et par l'atteinte à la vie privée. C'est ce qui s'est passé, en l'espèce, sous réserve que les demandeurs se sont adressés au juge des référés.

B. — *Les pouvoirs du juge des référés.*

Le juriste belge peut s'étonner que la question de la recevabilité de la demande en référé, eu égard à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'ait pas été soulevée par les défendeurs. On sait, en effet, qu'en Belgique, la question du référé en matière de liberté d'expression demeure controversée (15). Cet obstacle n'existe pas en droit français, puisque la loi du 17 juillet 1970 a consacré dans l'article 9 du Code civil français le pouvoir du juge des référés de prendre des mesures limitatives de la liberté d'expression et de communication en cas d'atteinte à la vie privée; en dépit de l'absence apparente de fondement légal, les juges des référés se sont également reconnus, mais ici la jurisprudence est plus hésitante, le pouvoir de prendre de telles mesures en cas d'atteinte à l'honneur ou à d'autres sentiments (16) (tel que le respect des croyances religieuses). Pour échapper à toute critique sur le plan de la recevabilité de leur demande, les plaignants devaient invoquer l'atteinte à la vie privée, mais on peut s'étonner de ce que les défendeurs n'aient toutefois pas tenté l'argument d'irrecevabilité, dès lors que le fondement de la demande constitue davantage la protection de l'honneur que celui de la vie privée. A moins qu'il ne s'agisse de la protection contre l'altération publique de la personnalité, qui, selon certains, doit encore être distinguée. A lire les pages incriminées du roman — nous revenons sur ce point —, l'atteinte à l'honneur est en cause en ce qui concerne le prince Alexandre (pp. 295-296 interdites par la seconde ordonnance), mais c'est davantage la question de l'altération publique de la personnalité (17) (combinée à des divulgations relatives à la vie privée ?) qui se pose dans le cas des propos attribués à la princesse Lilian (pp. 304-305). La nécessité de protéger les personnes contre l'altération publique de leur personnalité heurte assez directement la liberté d'expression, ce qui explique la grande hésitation des juges des référés à intervenir, en tout cas à ordonner la saisie. Les juges des référés s'efforcent habituellement de mettre fin à l'atteinte à l'honneur en prenant des mesures qui ne constituent pas de véritables limites à la liberté d'expression; ils invitent souvent les parties à la conciliation, ce qu'a fait, en l'espèce, la présidente du tribunal de grande instance de Paris, Mme F. Levon-Guerin, lors des audiences (18). Une mesure intermédiaire consiste, dans l'attente d'un jugement au fond, d'ordonner l'insertion d'un en-

(7) Voy. J. Soullou, *L'impunité de l'art*, Seuil, 1995.

(8) Ainsi, le 3 décembre 1992, le gouvernement de la R.F.A. a fait interdire plusieurs chansons de groupes rock néo-nazis, car les paroles incitaient clairement au meurtre xénophobe (rapporté par J. Soullou, *op. cit.*, p. 14).

(9) Pour un récent survol historique, voy. G. Minois, *Censure et culture sous l'Ancien Régime*, Fayard, 1995, 335 p.

(10) B. Edelman, note sous Cass. civ. fr., 13 févr. 1985, *D.*, 1985, jur., p. 489.

(11) Voy. F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1990.

(12) Voy. H. De Page, par J.-P. Masson, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruylant, 1990, t. II, vol. I, pp. 42 et s.

(13) P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1995, 3^e éd., n° 73.

(14) Selon la définition légale française, la diffamation consiste dans « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne [...] auquel ce fait est imputé ».

(15) Voy. l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.

(16) P. Kayser, *op. cit.*, p. 150.

(17) En effet, si l'on invoque l'atteinte à la vie privée, on reconnaît, d'une certaine manière, la réalité des propos qui sont attribués à la princesse Lilian.

(18) Voy. *Le Soir*, 24 sept. 1995, p. 11.

cart ou d'une texte rectificatif (19). Malgré ces difficultés et après avoir adopté une jurisprudence plus restrictive, la Cour de Paris semble actuellement reconnaître au juge des référés le pouvoir d'ordonner la saisie d'une publication diffamatoire lorsqu'elle est la cause d'un trouble manifestement illicite (20). Dans l'affaire qui nous occupe, le tribunal de grande instance, tout en estimant qu'on était en présence d'un cas d'illégitimité manifeste, a jugé que « la gravité et le caractère intolérable de ces atteintes ne justifient toutefois pas la mesure de saisie » (ordonnance du 14 septembre). De toute façon, il paraît difficile, en France, de reconnaître au juge des référés le pouvoir d'ordonner la saisie pure et simple de tous les exemplaires de la publication diffamatoire, car même le juge d'instruction français, saisi par un réquisitoire du ministère public, ne peut ordonner la saisie que de tout au plus quatre exemplaires de la publication diffamatoire (voy. art. 51 de la loi du 29 juillet 1881) (21). On comprend donc mieux le refus de la part de la présidente de faire droit à la demande de saisie dans la première ordonnance. En revanche, le juge des référés conserve le pouvoir de prendre une mesure de nature à faire cesser un trouble manifestement illicite causé au diffamé, ce qu'a fait la présidente dans sa seconde ordonnance en interdisant de procéder à un nouveau tirage du livre contenant les passages jugés litigieux. Dans la récente ordonnance à propos du livre *Le grand secret* du docteur Gubler, la présidente de ce même tribunal n'a pas ordonné la saisie des exemplaires, mais a fait défense aux cités « de poursuivre la diffusion du livre » (voy. *infra* sur les sanctions).

Sur le plan des pouvoirs du juge des référés, il nous paraît donc qu'à première vue, et avec la réserve que s'impose à celui qui ne pratique pas le droit français, les règles et limites légales ont été respectées.

C. — Une exceptio fictionis ?

L'argument principal des défenseurs a consisté à se retrancher derrière ce que l'on appellera l'*exceptio fictionis* (alors que la défense habituelle en matière de diffamation est l'*exceptio veritatis*) (22). Dans l'ordre de la fiction, serait permis ce que la loi interdit à l'historien ou au journaliste. Et les défenseurs de mettre en avant une série d'éléments que les linguistes (Gérard Genette) nomment le « paratexte », à savoir toutes les indications liminaires qui situent un texte, déterminent son genre, son statut.

a) Par exemple, la précision en couverture que *Une paix royale* relève d'un genre littéraire : « roman ». Qui indique, en principe, l'évasion dans l'imaginaire (le roman est défini dans le *Robert* comme « une œuvre d'imagination en prose » ; d'autres usages du terme renforcent l'invraisemblance ou le merveilleux de ce genre : « Cela n'arrive que dans les romans », « C'est tout un roman », etc.).

b) L'impression de traverser le miroir du réel est renforcée par le fait que la collection dans

laquelle le livre est publié s'intitule : « Fiction & Cie ».

c) Ce que confirme encore à première vue le texte ajouté en « quatrième de couverture », qui somme comme un avertissement au lecteur : « Moi, Pierre Raymond, guide assermenté, je jure que [...] comme c'est moi qui le raconte, il est permis de douter de tout [...] » (nous soulignons). C'est là assurément une invitation à ne pas prendre le texte au pied de la lettre. Mais cet avertissement suffit-il pour échapper aux critiques ? On peut en douter à notre tour, car cet appel à la prudence, et c'est ce qui fait toute sa redoutable ambiguïté, a une forme paradoxale, qui rappelle le vieux paradoxe du Crétois menteur. « Je mens » dit le Crétois : s'il dit la vérité, il ment et s'il ment, il dit la vérité. Quel crédit accorder à l'avertissement du narrateur qui, lui-même, nous dit qu'il faut douter de tout ce qu'il raconte ?

De toute manière, le jeu fin (feint ?) de l'écrivain, à la lisière de la réalité et de la fiction, de la vérité et du mensonge, risque d'échapper au lecteur ordinaire même « averti », qui va indubitablement prêter au roman des « effets de vérité », ainsi que le soulignait Pierre Merrens dans un article cité par l'ordonnance du 14 septembre (23). L'équivoque de registre est mise clairement en évidence dans cette première ordonnance, qui parle de « l'ambiguïté du genre littéraire adopté par l'auteur ».

Compte tenu de cette ambiguïté, les arguments tirés du contexte ou paratexte par les défenseurs ne sont pas retenus par le tribunal de Paris. Autrement dit, comme en d'autres matières, le juge ne s'arrête pas aux qualifications que les parties ont données (à leur créations comme à leur conventions), il se réserve d'imposer la loi aux parties, c'est-à-dire de les ramener dans le réel (n'est-ce pas là le rôle de la loi ?).

Dans d'autres affaires, la jurisprudence française a jugé que la fiction n'est pas en dehors de la réalité lorsqu'elle s'appuie sur cette dernière.

Il en est ainsi lorsque des *noms réels* sont repris : ceux-ci introduisent la réalité dans la fiction. Dans une première affaire à propos d'un film tourné sur la vie du célèbre malfaiteur Mesrine, les juges ont ordonné la suppression des noms des personnes qui avaient été séquestrées par ce dernier, cette coupure demandée en raison de l'atteinte à leur vie privée permettait « de faire basculer dans la fiction ce qui prenait couleur de réalité » (24). En revanche, le fait que le nom d'un « personnage purement fictif » (conçu pour une émission télévisée) corresponde à celui d'une personne vivante ne suffit pas à créer la confusion, à défaut d'autres éléments de rattachement au réel (25).

La mention de *faits réels*, même si les personnes sont désignées sous un nom différent du leur, peut également attirer la fiction vers la terre ferme. Dans une seconde affaire à propos du film tourné sur la vie de Mesrine, la Cour de cassation française a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait ordonné, à la demande de la compagnie de Mesrine, la sup-

pression de certaines scènes du film, dont celle où l'on voyait l'homme le plus recherché de France enregistrant au magnétophone les paroles mêmes que Jacques Mesrine a réellement adressées par-delà la mort à la demanderesse, Mme Jeanjacquot. Dans la célèbre affaire allemande à propos du roman *Méphisso*, les juridictions allemandes ont interdit la publication du livre de Klaus Mann en dépit du fait que le nom du personnage principal (Hendrik Höfgen), un acteur cynique qui renonce à ses convictions pour faire carrière sous le national-socialisme, n'était pas celui de Gustaf Gründgens, beau-frère de Klaus Mann, qui lui avait servi de modèle pour son œuvre (26).

Comme on le voit, la jurisprudence doit soupeser les éléments qui intègrent l'ouvrage en cause dans le réel ou le propulsent dans la fiction. Or, le roman de Pierre Merrens utilise des *noms réels* (Léopold, Baudouin, Fabiola), il permet d'identifier d'autres personnes réelles dont le nom n'est pas cité (on sait qui se cache derrière le Prince et la Princesse résidant dans le domaine d'Argenteuil), il fait se côtoyer des personnes réelles (les membres de la famille royale) avec des personnages imaginaires, il relate des *épisodes réels*, comme la rencontre de Léopold avec ses ministres (pp. 213 et s.) qu'il entend relire à sa manière. *Une paix royale* est donc bien armée au réel par une série d'ancrages, au point d'ailleurs qu'on peut se demander si l'ambition de l'auteur n'était pas au départ de faire un grand roman historique. Un dessein qui a peut-être été contrarié en cours de route, mais dont les traces demeurent dans l'œuvre. Cela dit, l'ouvrage révèle une forte puissance imaginative, qui, appliquée à la partie autobiographique, a d'ailleurs de formidables vertus comiques.

Si l'on ne peut exiger de Pierre Merrens la rigueur et l'objectivité que la jurisprudence (27) impose à l'historien, car ce dernier est pleinement dans le réel, on ne peut pas non plus tolérer qu'un auteur se retranche derrière le paravent de la fiction pour échapper au « jugement du monde » : car comment serait-il alors possible de condamner un roman qui prêterait des propos racistes à une personne ou une pièce de théâtre qui nierait l'utilisation des chambres à gaz pendant la deuxième guerre mondiale (28) ? Le droit ne s'arrête pas au seuil de ce qui se pare des attributs de la fiction.

(26) Voy. arrêt du BundesVerfassungsgericht du 24 février 1971, GRUR, 1971, p. 461. Cette décision nous paraît critiquable, car elle va trop loin.

(27) En France, l'arrêt classique concerne une histoire de la télégraphie sans fil qui avait omis de mentionner le nom d'un certain Branly ; la Cour de cassation, particulièrement sévère, avait estimé que cette omission dans l'action (d'écriture de l'histoire) est fautive (Cass., 27 févr. 1951, D., 1951, jur., p. 329, note H. Desbois (aff. Branly c. Turpatin)). D'autres décisions ont été rendues depuis : Paris, 30 juin 1961, D., 1962, jur., p. 208 (aff. Drouillet c. Almay); Paris, 8 mars 1985, J.C.P., éd. G. 1988, jur., n° 21083, note de D. Bécourt (aff. Dalloz c. Faurisson); voy. encore l'affaire mettant en cause l'historien Bernard Lewis, à propos de laquelle on peut consulter *Le Monde*, 19 mai 1995. Le thème de « l'erreur historique » demeure d'actualité, comme en témoigne le récent discours de rentrée de M^{re} B. Michaux (J.T., 1996, pp. 17-21).

(28) En ce sens, voy. D. Amson, « Droits de la personnalité », observations critiques à propos de T.G.I.

(19) Voy., par ex., T.G.I. Paris, réf., 21 oct. 1981, J.C.P., 1982, 19794 (aff. Claustre).

(20) P. Kayser, *op. cit.*, p. 156.

(21) *Ibidem*, p. 162. Cet argument *a fortiori* doit toutefois pris avec circonspection vu l'autonomie du droit civil par rapport au champ pénal.

(22) Voy. R. Merle et A. Viti, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1982, p. 1580.

(23) Il s'agit de « Mon art du roman » in *La règle du jeu*, sept. 1995.

(24) B. Edelman, note sous Cass. civ. fr., 13 févr. 1985, D., 1985, jur., p. 491.

(25) Voy. Bruxelles, 12 janv. 1994, R.W., 1994-1995, p. 229.

D. — Le fondement des condamnations.

Deux raisons motivent la première décision de condamnation.

Tout d'abord, selon le tribunal de grande instance (29), le *procédé* utilisé par l'auteur est « manifestement fautif » et préjudiciable aux demandeurs. Ce procédé consiste à prêter à la princesse Lilian « des propos, réels ou travestis, traduisant des sentiments hostiles à l'égard de la famille royale ». Plus que le propos lui-même, c'est la technique littéraire consistant à faire parler des personnes vivantes en recourant aux guillemets, comme si le propos avait été réellement tenu et fidèlement rapporté, qui est jugée fautive. Ironie de la chose : voilà un tribunal qui condamne en quelque sorte un grand écrivain pour faute de style ! Il nous semble effectivement qu'une précaution élémentaire, qui s'impose au romancier, comme au journaliste ou à l'historien, dès lors que des personnes identifiables s'expriment à travers lui, n'a pas été respectée.

De plus, la *présentation du prince Alexandre*, qui est décrit « comme un loubard, un flambeur, un Monseigneur, ce mot étant placé entre guillemets (30) », traduit « une insolence et un mépris injurieux » selon les mots de l'ordonnance (qui omet de citer les « nocume nistre », « usurpateur » ou « personnage [...] patibulaire » des pages 295-296). Ici, c'est le contenu du propos qui est directement visé.

L'appréciation de la faute et du caractère injurieux est sans doute difficile et délicate, car on ne saurait s'en remettre aux sensibilités parfois exacerbées des plaignants. Mais suffisamment d'éléments objectifs existent en l'espèce. Dans une affaire opposant un dentiste du nom de Chaumont à Georges Simenon, le demandeur reprochait à l'écrivain d'avoir introduit, dans l'œuvre intitulée *Pédigree* (qualifiée d'autobiographie romancée), un personnage épisodique dont le nom, le lieu et la nature de ses études correspondaient à ceux du demandeur, tout en le présentant « sous un aspect peu flatteur ou prêtant à moquerie » ; il demandait, en conséquence, la suppression de son nom ainsi que de quelques passages (31). En tranchant ce litige,

Strasbourg, 31 mai 1989, *D.*, 1989, somm. comm., p. 358 (aff. Général de Gaulle). Pour ce juge, « ne constitue pas une atteinte à la mémoire d'un illustre homme d'Etat une pièce de théâtre, œuvre de pure fiction ne prétendant à aucun caractère ou intérêt historique, imaginant un dialogue, qui n'a jamais eu lieu, entre ce personnage historique et un autre homme d'Etat, dès lors que le texte n'est ni diffamatoire ni outrageant et qu'il n'y est traité ni de vie privée, ni, *a fortiori*, de l'intimité de la vie privée de cet homme illustre » : ce cas est à distinguer de l'affaire ici commentée puisqu'en l'espèce, il y a atteinte à la fois à l'honneur et à la vie privée des demandeurs.

(29) C'est ce que met en évidence l'un des premiers attendus de l'ordonnance du 22 septembre 1995.

(30) Décidément, l'usage des guillemets ne réussit pas à Pierre Mertens... Le livre utilise souvent les guillemets de manière étonnante (voy., par ex., p. 136, où le lecteur peut se demander si les formules mises entre guillemets sont le fruit de l'imagination de l'écrivain ou sont reprises aux journaux de l'époque).

(31) Il s'agit des quatre passages suivants : « Parfois, il y a une poursuite dans l'escalier, des portes claquent, la Caucasiennne appelle au secours, c'est M.

le tribunal civil de Verviers, intervenant au fond, a été plus loin que la première ordonnance ici commentée puisqu'il a ordonné à l'auteur de supprimer ou faire supprimer dans le roman le nom du demandeur, ainsi que les passages incriminés, à défaut de quoi le demandeur était autorisé à faire saisir tous les volumes dans lesquels figuraient ces mentions (32). On pourrait sans doute appliquer au roman de Pierre Mertens la formule que Simenon, à la suite de son conseil, avait utilisée à propos de *Pédigree* : « dans mon roman, tout est vrai sans que rien ne soit exact » (33).

Le reproche que certains commentateurs ont émis à l'égard de la décision parisienne dans l'affaire Mertens, à savoir que « le juge aurait dû indiquer [...] en quoi les propos ou les scènes critiqués relevant de la sphère intime des demandeurs et en quoi, dans ce cas, ils étaient offensants » (34), ne semble pas justifié pour la bonne et simple raison qu'il n'est pas question ici d'atteinte à la vie privée, mais plutôt à l'honneur (35) (cf. *supra*). Il n'est dès lors pas nécessaire d'établir que les éléments touchent à la vie privée et portent atteinte à son respect. Du reste, l'identité des personnes, les souvenirs personnels, l'intimité de la demeure (36) sont habituellement rangés dans la vie privée.

De plus, il paraît acquis qu'en France, la protection de la vie privée ne se réduit pas au cercle étroit de la vie intime, mais porte sur la sphère plus étendue de la vie privée entendue par opposition aux activités publiques (37). La protection de la vie privée cesse dès lors que des éléments relatifs aux activités publiques d'une personne entrent en ligne de compte. Car, en ce cas, la liberté d'expression, englobant la liberté de communication et d'information, l'emporte assurément. A première vue, les éléments mis en cause dans les passages incriminés ne concernent pas les activités publiques des protagon-

istes, ce qui pourrait de toute manière justifier une condamnation sur ce fondement. Par ailleurs, le droit à la vie privée connaît des restrictions pour les personnages historiques et les personnes célèbres vivantes. Léopold III est assurément une figure historique, et cela justifie que l'historien ou le biographe puissent traiter de sa vie privée, en tout cas dans la mesure nécessaire pour expliquer l'histoire. Mais les pages incriminées ne sont pas tant consacrées au Roi défunt qu'aux habitants du domaine d'Argenteuil, à leur foyer, souvenirs, (res)sentiments, opinions sur d'autres membres de la famille royale. S'agit-il de personnes de renom dont le droit au respect de la vie privée serait restreint par les exigences de l'information ? Il y aurait quelque contradiction à suivre cette piste, si l'on plaide d'un autre côté que l'on est dans la fiction, qui, déconnectée du réel, n'a pas de fonction d'information au sens strict.

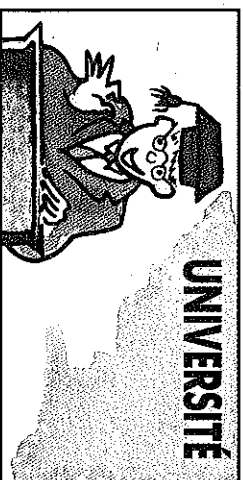
Certains hommes publics ou personnes privées ne songeraient pas un instant à introduire une action en justice, alors même que les propos ou les intentions qu'on leur prête sont autrement plus offensants que ceux que l'on découvre dans *Une paix royale*. Sans doute. Mais peut-on demander à tout le monde d'avoir la distance nécessaire, et le « cuir » aussi résistant que celui d'hommes politiques en vue ?

E. — La nécessaire pondération sur le plan des sanctions.

Il ne faudrait toutefois pas qu'une jurisprudence sur les droits de la personnalité en vienne à fragiliser la création, à inhiber les créateurs, et, par delà, à priver les lecteurs d'un accès à de riches œuvres de l'esprit. Une sanction telle qu'une saisie de tous les exemplaires eût été, en l'espèce, démesurée (38). Le juge doit non seulement procéder à une balance des intérêts en présence quant au fond, il doit user de la même pondération dans le choix des sanctions éventuelles. Des trois sanctions demandées : saisie, publication de la décision et versement par provision d'un million de francs au profit d'une fondation, le juge n'a retenu dans sa première ordonnance que le paiement de dommages-intérêts, réduits à un franc provisionnel. Décision en ce sens étonnante : la condamnation semble de principe seulement, puisqu'assortie d'une sanction très légère. Et le juge des référés, en renvoyant finalement au juge du fond (39), donne ses raisons : la saisie (demandée sans limitation aucune), outre qu'elle apparaît trop radicale par rapport à la gravité de la faute, eût été « dépourvue d'effet », puisque la quasi-totalité des exemplaires avaient déjà été distribués ; la publication était, quant à elle, « dépourvue d'intérêt », vu que le préjudice était essentiellement subi en Belgique, pays hors de compétence de la juridiction française. Ce résultat paradoxal tenait aussi au libellé de la demande originale, qui, de manière surprenante à première vue, n'envisageait pas les ti-

(38) En revanche, la Cour de cassation a jugé proportionnée la saisie complète d'un roman qui était centré autour du récit de la vie conjugale, du divorce et des rapports après divorce de personnes existantes (Cass. II, 3 avril 1984, *D.*, 1985, I.R., p. 15, note de R. Lindon).

(39) L'un des attendus précise que « les atteintes précitées sont susceptibles d'être intégralement réparées par l'allocation de dommages et intérêts alloués par le juge du fond ».



Droit et révolutions juridiques.

Le droit étouffe-t-il les révolutions en son sein ou, au contraire, les laisse-t-il survivre, avant de les récupérer ? Telle est la réflexion que M. Benoît Frydman, nouveau titulaire du cours de théorie du droit de l'U.L.B., a amorcée lors de sa leçon inaugurale, le 30 janvier 1996.

Et bien que le fond du droit privé n'ait pas fondamentalement varié depuis deux mille ans, l'orateur penche nettement vers la seconde hypothèse tout en relevant au moins trois bouleversements majeurs dans l'histoire du droit. En rompant avec la scolastique, l'école du droit naturel moderne provoque aux XVII^e et XVIII^e siècles, la première grande révolution, au sens où Kuhn l'entend : passage, brutal et irrational, d'un paradigme à un autre.

Alors que les disciples de saint Thomas articulent leur pensée sur la *disputatio*, cette opposition de deux thèses contradictoires et de leurs références, celle bénéficiant des meilleurs apports (qui Aristote, qui saint Augustin, ...) l'emportant sur l'autre, les insurralistes privilégient, en effet, le recours à la raison comme mode privilégié de résolution des conflits en droit. À l'analogie, ils préfèrent la déduction, à l'horizontal le vertical et la démonstration rationnelle à tout fait de balayer le poids de l'autorité.

C'est dans ce contexte qu'il faut replacer la (vaine) tentative leibnizienne de formalisation du droit. À l'aide de la logique modale, le penseur allemand ambitionnait de réduire l'ensemble des hypothèses juridiques à un nombre fini de signes qu'il, placés adéquatement dans un grand tableau, apporteraient, quasi machinalement et loin des arêtes des gens de robe, la réponse la plus rationnelle au problème soumis. Un nouveau paradigme, l'*ordre juridique*, supplantait la casuistique scolastique. Le droit forme alors un ensemble homogène, logique et hiérarchique. Un système émerge, complet et infail-

lible. Alors que le projet naturaliste a trouvé des prolongements politiques importants (révolutions française et américaine, Code civil, ...) il ne va pas moins être abandonné au XIX^e siècle, par les tenants de la science pratique. Il ne s'agit plus d'insérer la loi dans un savant organigramme qui en tire mécaniquement la solution, mais de retrouver, pour mieux l'appliquer, la *volonté du législateur*. Mais tandis qu'on s'emploie, en Belgique et en France, à remonter à la naissance du texte (école historique), comme en témoignent l'apparition du *Moniteur* et l'affirmation de la « doctrine du sens clair » de la Cour de cassation, l'école allemande, dite exé-

gétique, entend reconstruire au plus près cette volonté.

La règle de droit n'exprime plus tant une œuvre de la logique que le commandement du souverain. La raison cède le pas à l'herméneutique. Désormais, la *source* remplace l'*ordre* au fondement du droit tandis que l'interprétation grammaticale et sémantique devient la clef de voûte de l'édifice juridique.

Pas pour longtemps cependant car dès la fin du XIX^e siècle, Ihering et, dans sa foulée, De Page et le procureur général Leclercq en Belgique, Pound et Holmes aux U.S.A., vont renverser ce modèle philologique au profit d'une approche plus globale du phénomène juridique.

La loi est appréhendée alors comme un *fait social*, en prise avec le réel. Il convient donc d'envisager le droit, non tel qu'il devrait être ou tel qu'il a été énoncé, mais tel qu'il existe actuellement dans les faits et tel qu'il est appliqué par les juges. Pour ces derniers, la recherche d'un résultat équilibré prime le retour aux sources. Un nouveau paradigme fait jour : *l'intérêt*, ou plutôt, la balance des intérêts, comme en témoignent l'émergence de la notion d'abus de droit et le développement du référé.

Sommes-nous aujourd'hui à l'aube d'une nouvelle révolution ? Faut-il penser, comme Perelman, que notre époque se caractérise justement par la synthèse qu'elle opère entre ces trois grandes perspectives ?

Dans la mesure où ces courants, à l'heure actuelle, ont clairement montré leurs limites, il est permis d'en douter. En effet, tandis que le législateur a subi sa démultiplication comme un glissement dans l'anonymat, l'inflation de sa production a définitivement brouillé le bel ordonnancement juridique.

Par conséquent, le recours à un argument juridique ne s'accompagne plus d'une vision du droit. La loi ne représente plus rien d'autre qu'une photocopie, un vulgaire feuillet mobile. Le texte ne réfère qu'à lui-même et, confiné à un rôle purement stratégique, le droit se vide lentement de sa substance.

Ne faut-il pas plutôt voir dès lors sous l'apparente réconciliation de ces trois écoles le fruit d'un *changement de notre conception du droit* ? Plus qu'à un abricot, qui renferme un noyau sous sa chair, la loi ressemble en cette fin de XX^e siècle à un oignon, composé de plusieurs couches successives qui n'enveloppent qu'elles.

Doit-on pour autant conclure à un effondrement de la rationalité juridique ? N'assistons-nous pas tout simplement à un *changement de rationalité*, qui ferait du langage lui-même un porteur de signification ?

La pertinence de l'interrogation ici soulevée augure bien de l'intérêt qui présidera aux leçons à venir. Il faut néanmoins se demander si le changement de rationalité diagnostiqué par le nouveau professeur n'est pas justement ce qui caractérise en propre toute révolution, dont l'image que l'on a du droit serait le révélateur.

Nicolas BERNARD

pages à venir et la suppression des pages reprochées dans ceux-ci (ni ne demandant l'interdiction de distribuer les exemplaires encore en stock). Sans doute parce que les demandeurs craignaient à cet égard d'être déboutés faute d'intérêt, aussi longtemps que les tirages supplémentaires n'étaient pas annoncés (40). Cette prudence, et le report de la demande relative aux éditions subséquentes, vont, en définitive, s'avérer judicieux du point de vue des demandeurs, car, rejetant le moyen tiré de l'irrecevabilité de la seconde demande par identité d'objet avec la première, la seconde ordonnance du 22 septembre va régler le sort des tirages et éditions futurs en interdisant à l'éditeur de faire imprimer des exemplaires contenant les passages litigieux, soit les pages 295-296 et 304-305, et non pas, comme le postulaient les demandeurs, les pages 294 à 306. Dans la foulée, elle prononce l'interdiction de commercialiser les exemplaires déjà tirés, contenant ces mêmes passages. Cette mesure ne peut, à notre sens, pas être contestée pour un motif tiré de l'autorité de la chose jugée, s'attachant à la partie de la première ordonnance qui rejetait la demande de saisie, car la demande de saisie des exemplaires déjà distribués (donc ne se trouvant plus entre les mains de l'éditeur) n'a pas d'effet équivalent avec l'interdiction de disposer des ouvrages encore en possession de l'éditeur (41).

Tout cela était-il bien nécessaire ? Si les deux ordonnances commentées nous paraissent légitimes et correctement motivées, l'affaire nous inspire, en définitive, une réflexion plutôt désenchantée.

Les exigences de l'œuvre imposaient-elles à ce grand romancier qu'est Pierre Merrens d'ajouter les pages reprochées ? On ne répondra pas à la question, qui doit être tranchée par l'auteur et lui seul. Reste que l'on peut avoir son opinion à ce sujet. D'autant que la contrainte à la liberté de création est bien légère en l'espèce : deux malheureuses pages sur les 500 que comporte le roman (42). De plus, selon une vieille conception, certes un peu austère, et donc peu au goût du jour, l'art naît de contrainte et meurt de trop de liberté... (variation plus moderne : si tout est permis, plus rien n'a de sens).

Par ailleurs, était-il bien nécessaire d'introduire une action en justice pour corriger les atteintes à l'honorabilité ? Seuls les demandeurs ont à en juger. Ce qui n'empêche pas de s'interroger. Car ceux qui ont (partiellement et provisoirement) gagné en justice ont perdu l'essentiel de ce qu'ils voulaient préserver : un silence. De l'autre côté, on a eu raison de dire que la vraie défaite de Pierre Merrens était que son roman passait des pages littéraires à la chronique judiciaire (et, pire encore, à la loupe des observations de jurisprudence). Un véritable détournement de lecteurs.

Alain STROWEL

(40) En ce sens, S. Dufène, note précitée, p. 29.

(41) *Contra* : S. Dufène, note précitée, p. 30.

(42) La presse (*Le Monde* du 19 janv. 1996; *La Libre Belgique* et *Le Soir* du 24 janv. 1996) a récemment révélé que l'action au fond exige, outre 2 millions de francs français de dommages-intérêts, des coupes supplémentaires dans le roman. Il ne faudrait pas, en sens inverse, aller trop loin.