

N° 3505¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 1996-1997

PROPOSITION DE LOI**relative à la production, la propagation et l'utilisation
de représentations pornographiques**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(12.11.1996)

Par dépêche du 23 avril 1991 le Premier Ministre a soumis aux délibérations du Conseil d'Etat une proposition de loi relative à la production, la propagation et l'utilisation de représentations pornographiques.

Le texte de la proposition de loi a été déposé à la Chambre des députés le 9 mars 1991 par le député François Bausch.

Au texte de la proposition de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Dans la dépêche de transmission du 23 avril 1991 le Premier Ministre avait indiqué que la proposition de loi serait soumise au ministre de la Justice dont la prise de position parviendrait au Conseil d'Etat. Au moment où le Conseil d'Etat émet le présent avis, l'avis annoncé du ministre de la Justice ne lui a pas encore été soumis.

L'objet de la proposition de loi est de prévoir des voies judiciaires en vue de combattre la pornographie dont les femmes sont victimes.

L'auteur de la proposition de loi entend donner à la pornographie une dimension politique après avoir constaté que „parce que la pornographie vise à donner de la femme une image dégradante, rabaissante elle est l'un des instruments de la domination dont le sexe féminin continue d'être l'objet dans presque tous les secteurs de la vie sociale. La pornographie est donc explicitement un instrument de pouvoir.“

Cette analyse du phénomène de la pornographie de la part de l'auteur de la proposition de loi conduit inévitablement ainsi qu'il l'indique à ce que sa proposition de loi diffère profondément des dispositions actuellement existantes dans notre droit en la matière.

La proposition de loi ne prévoit dès lors que des dispositions relatives à des situations où de des „femmes ou filles“ sont représentées en tant qu'objets sexuels.

La question se pose toutefois pour quelles raisons la pornographie représentant des hommes ou des garçons ne devrait pas faire l'objet de dispositions légales identiques à celles prévues pour combattre la pornographie mettant en cause les femmes. Il est vrai qu'en prévoyant également des mécanismes pour combattre la pornographie dont des hommes ou garçons sont les victimes, les raisons qui sont à la base de la pornographie d'après l'auteur de la proposition de loi, ne pourraient plus guère être maintenues, la pornographie étant selon lui l'expression d'un instrument de pouvoir des hommes sur les femmes.

La pornographie masculine est cependant également un fait et la question se pose dès lors si la proposition de loi ne heurte pas le principe de l'égalité des hommes et des femmes devant la loi, lequel est ancré dans différentes conventions internationales et notamment dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signées à Rome, le 4 novembre 1950, et notamment dans l'article 14 qui consacre le principe de l'égalité de traitement. A défaut d'avoir reçu des explications approfondies sur cette question de discrimination basée sur le sexe, le Conseil d'Etat devra s'opposer formellement à l'adoption de la proposition de loi sous examen.

Dans un autre ordre d'idées, il ne faut pas perdre de vue que nous disposons d'un certain nombre de dispositions légales en matière de lutte contre la pornographie. Il s'agit notamment:

- des articles 383 à 386 du code pénal relatifs aux outrages publics aux bonnes moeurs;
- la loi du 13 juin 1922 concernant la surveillance des établissements et représentations cinématographiques publics;
- la loi du 23 mai 1927 concernant la fabrication, la détention, la distribution, l'exposition, la circulation et le trafic des publications obscènes;
- la loi du 29 décembre 1937 permettant d'interdire l'entrée au Luxembourg des publications étrangères obscènes.

Dans le même contexte, il convient de citer la proposition de loi concernant le contrôle de la production, de la distribution et de la vente de vidéogrammes déposée en 1988 par la députée Erna Hennicot-Schoepges et le projet de loi concernant la surveillance des établissements et représentations cinématographiques publics ainsi que des établissements vendant ou donnant en location des supports d'images fixes ou animées, textes qui furent avisés par le Conseil d'Etat le 14 février 1989 mais qui n'ont à ce jour pas été adoptés par la Chambre des députés.

Le Conseil d'Etat partage le souci de renforcement de la protection d'atteinte à la dignité humaine qui est à l'origine de la proposition.

Il faut cependant constater qu'en raison de l'exiguïté de notre territoire national, le problème qui est posé ne peut pas trouver de réponse adéquate au moyen d'une réglementation prise au seul échelon national. A quoi peuvent servir les mesures d'interdiction de la loi luxembourgeoise s'il est permis d'y échapper en se rendant à Arlon, à Thionville ou à Trèves? Il importerait par conséquent de mettre fin aux disparités des législations européennes en organisant une riposte commune.

L'innovation principale prévue par l'auteur de la proposition de loi - outre le fait que son texte se limite à la pornographie féminine - est de prévoir une sorte d'action populaire en prévoyant que „toute personne qui sera confrontée à des représentations à caractère pornographique“ peut agir en justice.

Le mérite du texte de la proposition de loi est certainement de proposer des voies nouvelles en la matière. Pour les raisons qui sont exposées lors de l'examen des articles, le Conseil d'Etat ne peut toutefois y marquer son accord et propose l'abandon de la proposition de loi. Toutefois, le Conseil d'Etat estime que notre législation en la matière doit être revue sur un certain nombre de points. C'est ainsi qu'il estime que la simple détention d'objets contenant des scènes de pornographie infantine devra être incriminée pénalement.

Dans le même ordre d'idées l'on devra examiner si notre législation (y compris les règles procédurales) est adaptée en matière de répression d'outrage aux moeurs ou de viol. Ainsi les conditions d'audition d'enfants mineurs victimes d'agressions sexuelles ou encore les règles de prescription en la matière devront être réexaminées.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er.-

Le fait même que l'auteur de la proposition de loi entend donner à la matière de la pornographie dans le cadre de la proposition sous examen une définition différente mais bien plus précise que celle donnée de l'obscénité par les articles 383 et suivants du code pénal risque d'entraîner de graves difficultés d'interprétation. Il ne suffit pas pour écarter cet argument de soutenir que la proposition de loi ne se situe pas dans un contexte pénal. En effet, une législation prise dans son ensemble ne saurait être contradictoire en soi en traitant les mêmes objets dans des domaines différents.

La limitation de la pornographie à la seule pornographie dont les femmes sont l'objet ne paraît pas acceptable au Conseil d'Etat pour les raisons qui ont été développées dans les considérations générales du présent avis.

La définition du viol se trouve à l'article 375 du code pénal tel qu'il a été modifié par la loi du 10 août 1992. Aux termes de ce texte, constitue un viol „tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'autrui, soit à l'aide de violences

ou de menaces graves, soit par ruse ou artifice, soit en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance".

Le texte proposé n'apporte dès lors rien de nouveau. Cette disposition démontre encore une fois qu'une définition juridique doit dans une législation cohérente être identique partout, indépendamment du fait qu'elle figure dans une loi particulière civile ou dans un code déterminé. Le texte de la proposition de loi qui verse de par le choix des expressions dans un particularisme discutabile est plus restrictif que le texte pénal qui vise non seulement le viol commis sur les hommes, mais également de par son concept global des situations de fait bien plus nombreuses.

Par ailleurs, il n'y a pas lieu de perdre de vue qu'il existe des chefs d'oeuvres tant en matière littéraire qu'en matière cinématographique (la proposition de loi vise toute représentation dégradante „en images ou en mots"), qui contiennent des scènes qui aux termes de la proposition de loi devraient être considérées comme pornographiques et tomber dès lors dans le champ d'application de la loi.

Qu'on le veuille ou non la question de la censure serait ainsi de nouveau posée ainsi qu'on l'a constaté dans le passé. Il s'agit en l'occurrence de matières où des personnes – même si elles sont du même sexe – peuvent avoir en toute légitimité des sensibilités différentes et considérer les mêmes scènes à la limite soit comme choquantes, soit comme relevant de l'art. D'où la difficulté de réglementer la matière dans une société aussi pluraliste comme la nôtre.

Dans le même contexte il convient de rappeler que le 13 décembre 1988 le ministre de la Justice signalait (voir document parlementaire 3212² et 3161²) que pour être répréhensible „l'atteinte (à la dignité humaine) doit être présentée aux seuls fins de divertissement, ceci afin de ne pas interdire des films éducatifs ou documentaires rappelant des atrocités commises sous certains régimes ou à certaines époques de l'histoire".

Article 2.–

Cet article vise la réparation du dommage résultant de l'utilisation du matériel pornographique, ainsi que la cessation des actes incriminés. Dans le cas visé, ces actions reviennent à la victime. De ce fait il s'agit d'une simple application de dispositions générales prévues en matière civile et il y a lieu de supprimer cet article qui est surabondant.

Article 3.–

Pour les mêmes raisons que celles indiquées lors de l'examen de l'article 2, il y a lieu de supprimer cet article.

En outre, cet article risquerait de poser des difficultés d'application en ce sens qu'on ne peut exclure que des personnes qui étaient coauteurs ou complices du fait en question se posent finalement en victimes des mêmes faits.

Article 4.–

Cet article prévoit la possibilité de condamner „celui qui à la suite de consommation de matériel pornographique et en relation directe avec cette consommation" aura porté atteinte à l'intégrité physique d'une femme ou d'une fille.

Sur ce point il semble s'agir encore d'un rappel d'une règle générale en matière de responsabilité civile. Il sera en tout état de cause toujours très difficile de prouver la relation causale entre la „consommation" de matériel pornographique et les actes commis à la suite de la „consommation".

Article 5.–

Cet article précise que le droit d'action en la matière est conféré

- à toute personne confrontée à des représentations à caractère pornographique,
- aux „femmes et filles" à l'intégrité corporelle desquelles il a été porté atteinte en tant qu'elles ont servi de modèle dans une représentation à caractère pornographique,
- aux associations ayant parmi leurs objectifs statutaires la défense des intérêts des femmes.

Le Conseil d'Etat ne peut marquer son accord avec ce texte que pour autant qu'il prévoit le droit d'action à une personne ayant subi un préjudice direct par le fait incriminé.

Le Conseil d'Etat ne peut partager l'avis de l'auteur de la proposition de loi quand il estime que l'action populaire qu'il prévoit accordant le droit d'agir „à toute personne“ existe en droit luxembourgeois. S'il est exact que l'on retrouve la même formule dans le texte relatif à la concurrence déloyale, il n'en demeure pas moins que le principe suivant lequel il faut avoir un intérêt né et actuel pour agir en justice doit jouer pleinement. On voit en effet mal comment un non-commerçant ou un commerçant installé dans une branche déterminée puisse intenter une action en concurrence déloyale soit contre un commerçant donné soit contre un commerçant exerçant une activité commerciale dans une autre branche que celle du demandeur.

Le Conseil d'Etat se doit de rendre attentif au fait qu'en accordant en la matière le droit d'agir à toute personne on risque une multitude d'actions en justice des plus controversées pour les raisons qui ont été exposées ci-avant.

Dans ce contexte il convient d'ailleurs de rappeler la jurisprudence citée par l'auteur de la proposition de loi (arrêt de la Cour d'appel du 11 décembre 1972, Pasicrisie t. 22, p. 215) qui précise que pour être obscènes les écrits et dessins doivent provoquer un sentiment de réprobation chez l'homme moyen qui les lit ou les regarde sans rechercher lui-même une excitation sexuelle. Il faut donc que les scènes en question soient imposées au citoyen qui les regarde.

La Cour d'appel de Bruxelles a pu considérer dans une affaire d'outrage public aux bonnes moeurs (arrêt du 24 avril 1991, Journal des tribunaux 1992, page 15) que des images, pour érotiques qu'elles soient et pour autant qu'elles ne contiennent notamment aucune scène de violence sexuelle, de pédophilie, de bestialité ou de sadomasochisme ne portent pas atteinte à la pudeur publique, c'est-à-dire à la pudeur de la généralité des citoyens qui consentent à les regarder et aux yeux desquels elles ne sont en aucune manière imposées.

Cette dernière décision illustre fort bien qu'il doit y avoir atteinte à la pudeur publique pour qu'il y ait application de l'article 383 du code pénal, tandis que l'auteur de la proposition de loi estime que dès que la pudeur d'une personne quelconque se trouve heurtée celle-ci peut intenter une action en cessation.

Eu égard aux sensibilités très différentes en la matière on risque d'assister à un déclenchement d'un nombre considérable d'actions à propos desquelles des décisions de justice, en quelque sens qu'elles soient rendues, ne manqueront pas de déclencher de vives polémiques. Il paraît presque inutile de préciser que l'appréciation des juges en la matière sera par la force des choses d'ordre subjectif.

Le fait est d'ailleurs que pour certaines diffusions, et notamment celles qui passent à l'heure actuelle par le réseau Internet, il est en droit et en fait impossible d'exécuter une mesure de cessation. Ceci ne fait que démontrer qu'en la matière, comme en beaucoup d'autres, seule une action concertée au plan international peut aboutir.

Pour les mêmes raisons, le Conseil d'Etat ne peut marquer son accord à voir conférer le droit d'agir à des associations ayant parmi leurs objectifs statutaires la défense des intérêts des femmes, ce critère étant beaucoup trop flou par rapport aux sensibilités et aux convictions très divergentes en la matière.

Pour l'ensemble de ces considérations, le Conseil d'Etat estime préférable de prévoir à l'avenir uniquement la voie pénale pour réprimer les actions en question, le ministère public ayant par essence vocation à agir au nom de la société et non au nom de parties ou groupes, voire groupuscules de celle-ci. L'action publique peut toutefois être déclenchée par une partie civile, ce qui permet donc de suppléer à une inaction éventuelle du ministère public.

Articles 6.- et 7.-

Le Conseil d'Etat s'est prononcé pour le maintien de la seule voie pénale en la matière qui est d'ailleurs la seule efficace puisqu'il ne suffit pas de faire cesser les actions en question mais encore de rechercher et de punir, le cas échéant, les auteurs effectifs des faits incriminés. Or, seuls les moyens prévus en matière pénale (perquisitions et saisies judiciaires, moyens d'investigation de la police et du juge d'instruction) sont de nature à réprimer les atteintes à la dignité humaine à la base de la pornographie.

Par ailleurs, il ne convient pas de perdre de vue le problème qui peut se présenter en cas d'existence concurrente d'une action en cessation civile et de l'action publique. Dans cette hypothèse une contrariété de jugements est à tout moment possible. Que ferait-on si le juge pénal décide qu'il y a infraction à l'article 383 du code pénal et saisit le matériel en question, mais que le juge des référés déclare qu'il

n'y a pas lieu de faire droit à une action en cessation? Le problème peut encore se présenter de manière inverse et créer autant de situations juridiques confuses, voire même inextricables.

Pour l'ensemble de ces considérations le Conseil d'Etat propose d'abandonner la proposition de loi sous examen.

Ainsi délibéré en séance plénière le 12 novembre 1996.

Le Secrétaire,
Emile FRANCK

Le Président,
Paul BEGHIN