

L'OUTRAGE PUBLIC AUX BONNES MŒURS : RÉVÉLATEUR D'UNE RATIONALITÉ JURIDIQUE DE MOINS EN MOINS ASSURÉE

PAR

François OST et Michel van de KERCHOVE

Professeurs aux Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles

Introduction

La présente contribution reprend, de manière succincte, tout en les actualisant, un certain nombre de réflexions que nous avons eu l'occasion de développer dans un ouvrage antérieur¹ consacré à la problématique pénale des bonnes mœurs, envisagée comme révélateur d'une certaine forme de rationalité juridique. Ces réflexions se fondent sur l'étude des articles 383 et suivants du Code pénal belge relatifs aux outrages publics aux bonnes mœurs, ainsi que de leurs commentaires doctrinaux et de leur mise en œuvre jurisprudentielle.

Si l'on devait résumer en quelques mots les principales transformations intervenues en une douzaine d'années, depuis la publication de cette étude, il conviendrait de mettre en exergue à la fois un certain déclin de la répression pénale en cette matière et un changement évident dans le climat social général.

En ce qui concerne la répression des outrages publics aux bonnes mœurs, trois constatations s'imposent : le petit nombre de décisions publiées, la sobriété croissante de leur motivation et la baisse spectaculaire des condamnations judiciaires².

1. Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, 1981.

2. Les statistiques judiciaires mentionnaient environ 1200 condamnations en 1964, 438 en 1975 et 93 en 1990.

Quant au climat social général, il semble caractérisé non seulement par une banalisation croissante de la sexualité, mais encore par la consommation croissante d'une sexualité à domicile qui n'en vient pas moins "de l'extérieur" - minitels roses, vidéocassettes louées, émissions de charme diffusées par des chaînes de télévision - ou d'une sexualité proposée dans des lieux "semi-publics" - peep-shows, sex-shops - qui brouille à la fois la distinction classique public-privé et déplace, tout en la limitant, les frontières traditionnelles de la répression pénale. Enfin, dans un climat éthique de plus en plus pluraliste, se manifeste la préoccupation d'assurer davantage la protection de certaines catégories de personnes - les mineurs et les femmes en particulier - que celle de valeurs abstraites, telles que la pudeur publique ou les bonnes mœurs, considérées comme une forme spécifique de moralité.

Tout ceci nous amène à considérer que la rationalité juridique qui préside à la répression de l'outrage public aux bonnes mœurs est de moins en moins assurée.

Dans l'examen du concept d'outrage public aux bonnes mœurs, nous nous proposons d'étudier successivement le contenu et la forme du discours pénal développé en cette matière, les rapports que le droit noue ici avec la morale, l'anthropologie dualiste qui s'y manifeste, la logique de différenciation sociale qui sous-tend son approche et le type de légitimité politique sur lequel elle se fonde.

I - BONNES MŒURS ET DISCOURS JURIDIQUE

Au-delà des limites fluctuantes de l'interdit et du permis qu'il est amené à tracer en matière de bonnes mœurs, le droit apparaît fondamentalement, ainsi que l'a bien souligné Foucault, comme un "fait discursif" global, une "mise en discours" du sexe³. Si cette mise en discours mobilise bien évidemment les différentes sources formelles du droit, il semble qu'en égard à l'indétermination essentielle des concepts utilisés par le législateur en cette matière, le discours jurisprudentiel occupe une place privilégiée⁴ par rapport au texte légal qui constitue par excellence ce "discours gisant"⁵ qui, selon l'expression de Legendre, "de lui-même ne dit rien"⁶.

L'analyse sommaire du contenu d'un tel discours permet de formuler plusieurs observations.

3. Foucault (M.), *Histoire de la sexualité*, t.1, *La volonté de savoir*, Paris, 1976, p.20.

4. Cf. notamment Royer (J.-P.), "L'homme et le droit", in *Histoire des mœurs*, t.II, Paris, Encyclopédie de la Pléiade, 1991, p.561: "à vouloir taire le sexe dans la loi, on a totalement libéré un juge judiciaire d'autant plus disert que le texte applicable est muet et d'autant plus obstiné à déployer dans son discours jurisprudentiel les infinies virtualités du sexe qu'il traite d'un enterré vif dans les profondeurs silencieuses du Code".

5. Legendre (P.), *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, 1974, p.87.

6. *Ibidem*, p.86.

La première constatation réside dans la relative pauvreté des termes appartenant à un champ sémantique spécifiquement juridique. L'horizon de la loi n'apparaît, la plupart du temps, que dans la référence formelle aux dispositions légales dont le juge examine l'applicabilité, ainsi que dans les termes "délit" ou "infraction" qui traduisent, de manière purement tautologique, l'existence d'une violation de la loi. Les références à tout ou partie du texte légal ou des travaux parlementaires sont rares et ont tendance à céder la place à des références jurisprudentielles. De manière indirecte, cependant, la loi se trouve parfois invoquée, en tant qu'elle interdit spécifiquement l'acte représenté - viol ou torture, par exemple -, amenant ainsi le juge à en conclure que la représentation de l'acte est elle-même illicite. C'est également d'une référence indirecte et diffuse à la loi qu'il est question, enfin, lorsque le juge invoque le caractère "dangereux" ou criminogène des scènes représentées, accréditant l'idée soutenue par certains que ce délit pourrait être rangé parmi les infractions de "mise en danger"⁷.

La pauvreté des expressions relevant d'un champ sémantique juridique contraste, en revanche, avec la diversité des expressions se rattachant à un champ moral et avec la fréquence de leur utilisation, encore que la jurisprudence la plus récente manifeste à cet égard une plus grande sobriété qu'autrefois. Le caractère immoral ou non du comportement représenté, souvent caractérisé par des adjectifs tels que "mauvais", "violent", "brutal", "osé", "vicieux", "choquant", "scandaleux", "provoquant", "obscène", "luxurieux", "lubrique", "lascif", "impudique", "indécent", "pornographique", etc., constitue manifestement, malgré l'autonomie partielle du droit pénal par rapport à la morale, un critère déterminant de la répression.

Les référents juridiques et moraux ne sont cependant pas les seuls à partir desquels se trouvent distribués les actes outrageant ou non les bonnes mœurs.

Malgré des réserves formulées récemment sur ce plan⁸, des appréciations d'ordre esthétique trouvent également leur place traditionnellement, distinguant "la recherche systématique de la laideur", "le manque de goût", ou "l'absence d'embellissement de la réalité" d'une part, et la "recherche du beau", les qualités "esthétiques", "artistiques" et "plastiques", "l'élégance", la "délicatesse" et l'"harmonie" d'autre part.

Des appréciations d'ordre hygiénique viennent encore parfois doubler métaphoriquement les qualifications spécifiquement morales, en opposant le caractère "malpropre", "sale", "salissant", "ordurier", "nauséabond", "insalubre" ou "immonde" de certaines scènes outrageant les mœurs à l'"hygiène" ou

7. Sur cette question, cf. notamment Lahaye (N.), *L'outrage aux mœurs*, Bruxelles, 1980, p.95-98. Aux Etats-Unis, on rappellera l'évolution considérable intervenue entre 1970 (*The Report of the commission on obscenity and pornography*) et 1986 (*Final report of Attorney general's Commission on pornography*) concernant l'appréciation de cette dangerosité.

8. Cf. notamment Mons, 3 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p.1360 : "les notions de débauche et de bonnes mœurs...ne peuvent se confondre...avec (les règles) de l'esthétique ou du bon goût".

à la "propreté" de celles qui les respectent. Ces qualifications, plus fréquentes autrefois, ont été partiellement relayées aujourd'hui par des expressions relevant d'un registre psychiatrique opposant le caractère "malsain", "pervers" ou "anormal" de certaines représentations au caractère "sain" ou "normal" des scènes ainsi que des personnes en référence auxquelles doivent s'apprécier les limites de la tolérance en matière de bonnes mœurs. Ces critères de référence ne sont pas non plus totalement étrangers à un registre plus strictement statistique qui permet de distinguer l'acte "exceptionnel" ou "statistiquement rejeté" et l'acte "courant" ou auquel le public "s'habitue", ainsi que les appréciations du citoyen "moyen". Sur un registre socio-économique, des termes tels que "vulgaire", "pauvre" ou "vil" sont également utilisés parfois pour condamner certaines scènes, alors que les termes "ennobli" ou "de luxe" en font échapper d'autres à la condamnation. Relèvent, par ailleurs, d'un registre plus anthropologique, deux types d'oppositions qui, tout en n'opérant pas une ligne de partage strict entre le licite et l'illicite, n'en jouent pas moins un rôle important : l'une s'établit entre "l'humain" et le "bestial", entre le "naturel" et le "contre nature" ; l'autre s'établit, au sein de l'humain, entre un pôle "intellectuel" et un pôle "sensuel" ou "charnel". Enfin, différents termes relèvent directement ou indirectement d'un champ sémantique plus politique. Ainsi en a-t-il été des films dits de "contestation", ainsi que des représentations ayant un caractère "provocateur", "s'acharnant à détruire les tabous politiques" ou constituant une menace pour la "sauvegarde de l'ordre social". Ainsi en va-t-il encore de nombreuses expressions utilisées pour préciser à qui appartient le pouvoir de déterminer le contenu évolutif des bonnes mœurs : le "sentiment collectif", la "conscience collective", la "majorité des citoyens", la "généralité des citoyens", la "conscience sociale moyenne", le "citoyen moyen", l'"opinion publique", le "consensus social", des "personnes représentatives de l'opinion publique".

Quant à la *mise en forme* du discours jurisprudentiel en matière de bonnes mœurs, il semble possible de relever deux phénomènes significatifs.

Le premier réside dans ce qu'on pourrait appeler le "surcodage" et la "surdétermination" de l'objet étudié.

Par là, nous visons le fait que, traditionnellement, les représentations considérées comme contraires aux bonnes mœurs font l'objet d'une surimpression ou d'une superposition de qualifications multiples appartenant non seulement à un même code sémantique, mais encore à des codes sémantiques extrêmement variés. Ce phénomène illustre évidemment à l'extrême ce que J. Carbonnier a appelé la dimension d'"*inter-normativité*" du droit, conçue comme l'aptitude spécifique de la règle de droit "*à prendre en charge le contenu des autres normes*", dans la mesure où le juge se trouve ainsi amené à "juridifier" en quelque sorte un ensemble de valeurs d'emprunt en s'y référant pour trancher le problème juridique qui lui est soumis. Il va de soi,

9. Carbonnier (J.), "Les phénomènes d'inter-normativité", in *Essais sur les lois*, Paris, 1979, p.258.

cependant, que le fait que, en matière de bonnes mœurs, “*la loi ne donne aucun contenu aux...incriminations*”¹⁰, confère à ce phénomène un relief tout à fait particulier. Par ailleurs, la portée rhétorique de ce surcodage n’est pas négligeable. Confronté à un problème extrêmement délicat d’objectivation de ce contenu, le juge, animé traditionnellement, comme le parquet, d’un esprit plus répressif qu’une grande partie de l’opinion publique¹¹, est naturellement amené, afin d’éviter un reproche aisé d’arbitraire, à accumuler et à diversifier les épithètes qui apparaissent comme autant d’arguments destinés à sensibiliser des auditoires partiellement différents¹². En revanche, le relatif appauvrissement des qualifications utilisées par la jurisprudence la plus récente semble aller de pair avec une baisse évidente de la répression pénale en cette matière.

Le deuxième phénomène réside dans le fait que la mise en discours jurisprudentielle adopte la structure caractéristique du commentaire ou de la glose. Cette structure s’appuie d’abord sur des opérations linguistiques traditionnelles telles que le recours à l’étymologie des termes (comme “obscène” qui, dérivé de “*obs-carno*”, évoquerait l’idée de mauvais augure ; ou encore “pornographie” qui, dérivé de “*pornè*” et “*graphein*” évoquerait des publications excitant à la débauche), étymologie qui est de nature à réactiver la charge émotive des termes employés en les associant à des interdits traditionnels, dont la pérennité suggère à elle seule le respect, sans que leur contenu se trouve davantage précisé. Elle implique également de subtiles distinctions lexicographiques (telles que “obscénité”, “sensualité” et “lascivité”) qui prêtent une consistance et une stabilité relatives à des concepts qui en sont totalement dépourvus et suggèrent, malgré leur contenu évolutif, l’existence d’un noyau de sens traditionnel et communément admis. Elle se traduit également par la répétition de formules typiques souvent reproduites purement et simplement d’une décision à l’autre. Elle se manifeste souvent enfin dans l’usage de raisonnements par l’absurde du type “à moins d’admettre que les termes ‘bonnes mœurs’ ont été privés de toute signification, il convient de juger que celles-ci ont été outragées”, raisonnements qui se ramènent fondamentalement à l’affirmation tautologique : “les bonnes mœurs sont tout de même les bonnes mœurs”.

II - LES BONNES MŒURS, LE DROIT ET LA MORALE

Si la morale peut paraître, à première vue, le guide le plus indiqué pour aider l’interprète - et le juge en particulier - à fixer le contenu des bonnes mœurs, cette solution suscite d’emblée une objection de principe dans le cadre de la codification du début du XIX^e siècle, dont nous restons largement les héritiers. Il apparaît en effet que “*la séparation du droit d’avec la morale et*

10. Lahaye (N.), *op.cit.*, p. 46.

11. Lahaye-Bekaert (N.), “L’outrage aux mœurs : mise en relation de certains faits d’actualité avec le droit”, in *L’outrage aux mœurs*, Dossier établi par J. Lemaire, Bruxelles, 1988, p.21.

12. A cet égard, cf. Perelman (Ch.) et Olbrechts-Tyteca (L.), *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1970, p.632.

la religion", particulièrement dans le domaine des actes contraires aux mœurs, constituée, en réaction avec la législation des siècles précédents, un de ses traits les plus caractéristiques¹³. Cette séparation, cependant, dans l'esprit de ses partisans, n'a jamais eu qu'une portée relative. Par ailleurs, même dans les limites dans lesquelles elle a été conçue, il apparaît, au vu de la pratique judiciaire, qu'elle est loin d'avoir été intégralement respectée.

On rappellera d'abord que la séparation du droit d'avec la morale, en matière de bonnes mœurs, a toujours eu une portée doublement relative. En premier lieu, il ne s'agissait pas d'affirmer l'autonomie générale de ces deux sphères normatives, mais seulement de spécifier que l'approche juridique des bonnes mœurs ne pouvait avoir d'interférence qu'avec la morale "sexuelle", à l'exclusion d'autres domaines moraux tels que le respect de la religion ou de l'autorité publique, la condamnation de la violence ou de la torture par exemple. L'interférence du droit et de la morale, loin d'être radicalement niée, se trouvait ainsi simplement circonscrite au domaine de la vie sexuelle. En deuxième lieu, il ne fait pas de doute que le principe de séparation ne visait que les morales philosophiques ou religieuses "individuelles", et non la morale "sociale" ou "publique"¹⁴. La distinction entre les deux se fonde traditionnellement sur un triple critère. Le critère de leur sources respectives, d'abord : la morale individuelle se fondant sur l'adhésion autonome de chaque individu, la morale sociale se fondant sur la conscience collective. Le critère de leur champ d'application, ensuite : l'une correspondant à un espace de vie "privé", dont le foyer familial constitue l'archétype, l'autre correspondant à un espace "public" en principe ouvert à tous. Le critère de leur objet, enfin : la morale individuelle étant seule compétente pour régir les intentions et les mobiles intérieurs, la morale sociale n'étant appelée à régir que les comportements matériels et extérieurs. A l'examen de la pratique juridique, on doit cependant constater que, même ramenée à de telles limites, cette conception de la séparation du droit et de la morale a été partiellement battue en brèche.

Il apparaît, tout d'abord, que la restriction de la protection pénale des bonnes mœurs au domaine de la sexualité, quoique récemment encore affirmée¹⁵, a souvent été contredite et débordée par des considérations qui se rattachent manifestement, comme en matière civile, à la protection de l'ordre public, et en particulier à la lutte contre les actes de violence¹⁶. L'articulation de ces deux éléments trouve sans doute sa meilleure expression dans le concept

13. Cf. notamment Garraud (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t.IV, Paris, 1891, p.433; Van Ussel (J.), *Histoire de la répression sexuelle*, trad. par C. Chevalot, Paris, 1972, p.62 et 66.

14. Cf. notamment Mons, 3 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p.1360 : "les notions de débauche et de bonnes mœurs ne se dégagent pas de l'addition des règles de morale individuelle... Ainsi, certains comportements peuvent-ils être répréhensibles, à titre individuel, par une majorité de citoyens, sans pour autant heurter la moralité publique".

15. Cf. notamment Anvers, 30 avril 1986, *R.W.*, 1986-1987, col. 1360.

16. Legros (R.), "Le problème de l'avortement et la logique juridique", in *Le journal des procès*, n°70, 1985, p.20. En ce sens cf. notamment corr. Bruxelles, 26 juin 1968, *Rev.dr.pén.crim.*, 1968-1969, p.63-64.

d'“ordre moral”¹⁷ qui implique à la fois le respect de l'ordre social établi et un certain degré de mobilisation sociale et politique que de nombreuses formes d'immoralité sont suspectées d'affaiblir. C'est ainsi qu'on a pu dire que “la répression frappe autre chose que la licence... Elle contient en ses limites un certain type d'ordre social”¹⁸.

En ce qui concerne la séparation du droit et des morales individuelles, par ailleurs, il semble que la pratique juridique révèle des distorsions analogues.

En premier lieu, le caractère “social” de la morale à laquelle le droit, et en particulier la jurisprudence, se réfère, dissimule souvent mal les opinions philosophiques ou religieuses particulières dont cette référence est réellement tributaire. Le fait que le juge se réfère parfois de manière explicite à l'appréciation de “l'honnête homme”¹⁹, aux “idées de la saine morale”²⁰, au “citoyen ayant des idées saines”²¹ ou au “citoyen moyen ayant des idées saines”²², semble bien traduire la présence de jugements de valeur assurant une sélection parmi les opinions censées composer la morale sociale commune ou même moyenne en matière sexuelle. La prétendue morale sociale risque bien, par conséquent, de recouvrir souvent la morale philosophique ou religieuse à laquelle adhèrent personnellement les témoins ou les experts consultés²³, voire celle à laquelle adhère le juge lui-même.

La délimitation “spatiale” du champ de la morale sociale par rapport à la morale personnelle, ensuite, ne semble pas avoir résisté davantage à la pratique. S'il est clair que l'outrage commis dans un “lieu public” relève d'emblée du droit pénal, celui qui aurait été commis dans un “lieu privé”, tel qu'un magasin, une habitation privée ou un bureau par exemple, en relèvera également selon l'interprétation dominante, à partir du seul moment où “les faits ont été vus ou même ont pu être vus par un seul témoin, si celui-ci, sans devoir à cette fin modifier l'état des lieux, a pu apercevoir l'acte impudique”²⁴. Il en découle que la jurisprudence se contente traditionnellement d'une publicité “interne” (au sens où elle n'exige pas l'existence d'un lieu public) qui, au surplus, peut n'être qu'une publicité “éventuelle” (au sens où elle n'exige pas la

17. Cf. notamment Gaudibert (P.), *De l'ordre moral*, Paris, 1973.

18. Lallemand (R.), “Considérations sur les bonnes mœurs”, in *J.T.*, 1971, p.422. Cf. également corr. Bruxelles, 29 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p.783 : “le respect de l'ordre social et de la moralité publique ne peut tolérer un envahissement débridé de publications libérées de toute contrainte”.

19. Bruxelles, 28 mai 1966, *J.T.*, 1966, p.446 ; corr. Bruxelles, 22 janvier 1969, *J.T.*, 1969, p.142.

20. Liège, 18 octobre 1909, *Pas.*, 1910, II, p.172.

21. Cass., 18 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p.47.

22. Bruxelles, 28 octobre 1987, *Rev.dr.pén.crim.*, 1988, p.969.

23. Cf. notamment corr. Bruxelles, 29 juin 1970 qui, se référant à la “partie éclairée de l'opinion publique” (*Rev.dr.pén.crim.*, 1970-1971, p.265), cite un nombre impressionnant d'autorités religieuses ou para-religieuses (*ibid.*, p.272).

24. Cass., 7 août 1925, *Pas.*, 1925, I, p.382 ; Cass., 23 avril 1951, *Pas.*, 1951, I, p.572 ; corr. Liège, 27 mai 1964, *Pas.*, 1964, III, p.66.

présence actuelle ou effective de témoins non consentants)²⁵. Cette irruption de la morale sociale et du droit dans des espaces “privés” a cependant connu progressivement une évolution parallèle consistant, réciproquement, dans la recherche de formes nouvelles d’intimité dans certains espaces “publics” susceptibles de ne relever que du choix moral individuel de ceux qui les fréquentent, et cela à l’abri de la morale publique et de la répression pénale. De tels espaces, qu’on a pu, de manière symptomatique, qualifier de “semi-publics”²⁶, ont trouvé une excellente illustration dans la notion de “lieu clos”, telle qu’elle fut préconisée par l’Ecole des sciences criminologiques de l’Université libre de Bruxelles²⁷ et répercutée dans une proposition de loi déposée successivement en 1977²⁸ et en 1979²⁹. Définissant le lieu clos “*qui se situe entre le lieu public et le lieu privé*” comme “*celui où peut pénétrer toute personne de plus de 18 ans accomplis en sachant parfaitement devant quel spectacle ou devant quelles images elle pourra se trouver*”, cette proposition visait “*à la fois à protéger les personnes qui estiment contraire à leur liberté d’être agressées sur la voie publique par des images qu’elles réprouvent et à permettre aux citoyens qui ne partagent pas la même conception relative des bonnes mœurs d’exercer leur liberté de voir le spectacle ou de lire les ouvrages qu’ils désirent*”³⁰. S’il en découle une nouvelle délimitation spatiale des sphères de la morale sociale et du droit par rapport à la morale individuelle, on constate simultanément que cette recomposition affecte en profondeur la conception traditionnelle de la morale sociale comme morale “commune” à tous les membres de la société, en y substituant, au regard du caractère “pluraliste” de notre société actuelle, un conflit de liberté entre “des” conceptions morales différentes³¹. Bien que cette proposition n’ait pas abouti à une modification des dispositions légales en vigueur, la jurisprudence semble avoir progressivement avalisé plusieurs de ses présupposés, notamment en se montrant attentive au “*pluralisme des opinions*” et au “*conflit de libertés entre des conceptions morales différentes*”³², ainsi qu’en admettant que “*l’opinion et la morale publiques ne sont plus offensées ni même agitées par les pratiques auxquelles, en matière de mœurs, se livrent des personnes adultes et consentantes, pourvu que ces pratiques se déroulent de manière à ce que soit assurée la protection de ceux qui, à titre individuel, ne veulent pas y adhérer et de ceux qui, tels les mineurs d’âge, ne sont pas à même d’y consentir valablement*”³³.

25. C’est en ce sens que l’on a pu affirmer que “*la publicité ne constitue pas un élément essentiel du délit*” (Cass., 17 mai 1943, *Pas.*, 1943, I, p.190 ; Liège, 23 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p.1362).

26. Doublier (R.), *Le nu et la loi*, Paris, 1976, p.103.

27. *Les frontières de la répression*, t.II, Bruxelles, 1974, p.89, 90 et 98.

28. *Doc.parl.*, Sénat, 1976-1977, n°1025/1.

29. *Doc.parl.*, Sénat, S.E., 1979, n°134/1.

30. *Doc.parl.*, Sénat, 1976-1977, n°1025/1, p.2.

31. *Ibidem*, p.1.

32. Corr. 29 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p.784.

33. Mons, 3 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p.1360 (décision rendue à propos de l’exploitation d’un “peep-show”). La jurisprudence paraît également admettre de plus en plus souvent la vente et la location de cassettes vidéos pornographiques, à condition qu’elle se fasse “*entre adultes consentants dans les limites impératives de l’absence de publicité et d’agressivité*”

En ce qui concerne la prétention de limiter le champ d'application du droit pénal et de la morale sociale aux actes matériels, à l'exclusion des intentions, il apparaît que cette "objectivation" de l'appréhension des bonnes mœurs n'a pas empêché la jurisprudence de se référer fréquemment à l'intention et aux mobiles particuliers du prévenu, tels que la recherche voulue d'immoralité ou le mobile de lucre, au titre non seulement de circonstances aggravantes, mais encore - apparemment au moins - d'élément constitutif de l'infraction elle-même. Elle n'a pas empêché non plus une certaine tendance à la "médicalisation" de l'outrage public aux bonnes mœurs, parallèle à celle d'autres formes de délinquance sexuelle, dont on peut se demander si elle ne renoue pas, sous des formes nouvelles et plus occultes, le lien que les Codes pénaux du XIXe siècle avaient tenté de rompre entre l'acte matériel et les mobiles de son auteur³⁴.

III - LES BONNES MŒURS, IMAGE D'UNE ANTHROPOLOGIE DUALISTE

Les décisions qui mettent en œuvre le concept d'outrage aux bonnes mœurs s'avèrent révélatrices d'une anthropologie qui s'enracine dans l'humanisme occidental le plus classique : une anthropologie cartésienne à caractère dualiste qui partage l'homme entre corps et esprit, raison et sens, instinct et volonté. Ce dualisme, on s'en doute, conduit à la domination du spirituel sur le matériel ; au spirituel sont associées les images de hauteur, de stabilité et de noblesse, tandis que le matériel est assimilé au bas (ou à la bassesse), au fugace, au vil. Tout se passe, par ailleurs, comme si la loi elle-même n'avait commerce qu'avec l'ordre du rationnel dans le combat qu'elle mène contre le désordre des passions. En ce sens, le dualisme inscrit dans la nature humaine n'est lui-même que le reflet des dualismes sociaux et, notamment, de la lutte toujours recommencée que se livrent les forces de l'ordre et celles du désordre. S'il est vrai, comme le remarque P. Bourdieu, que "*les oppositions fondamentales de l'ordre social sont toujours surdéterminées sexuellement*"³⁵, alors les multiples qualifications dualistes du corps que produit la casuistique des bonnes mœurs reflètent et contribuent à légitimer, en les "naturalisant", les divisions de l'espace social selon les sexes, les classes d'âge et les milieux sociaux.

Une des expressions les plus récurrentes de cette anthropologie dualiste est l'opposition établie entre l'érotisme, d'une part, qui bénéficie d'une certaine indulgence en raison de ses accointances avec l'art et le plaisir de l'esprit, et la

(suite note 33) *individuelle*" (corr. Bruxelles, 7 novembre 1984, *Journal des procès*, 1984, n°51, p.25) et qu'elle ne porte pas atteinte "*à la pudeur de la généralité des citoyens qui consentent à les regarder et aux yeux desquels elles ne sont en aucune façon imposées*" (Bruxelles, 24 avril 1991, *Journal des procès*, 17 mai 1991, n°195, p.30). Dans les deux cas, il s'agit de faits se déroulant dans des lieux qui correspondent parfaitement à la notion de "lieu clos".

34. A cet égard, cf. notamment Volcher (R.), "Quelques aspects médico-psychologiques de la délinquance sexuelle", in *Rev.dr.pén.crim.*, 1964-1965, p.838.

35. Bourdieu (P.), *Le sens pratique*, Paris, 1980, p. 120-121.

pornographie, d'autre part, réprimée comme langage s'adressant aux instincts. Un témoignage parmi beaucoup d'autres : "*l'érotisme consiste à essayer, à travers le sexe, de rejoindre quelque chose qui le dépasse : la nature, la Beauté, la communion avec l'univers. La pornographie s'en tient au sexe et le magnifie, cela devient un simple truc pour stimuler l'orgasme*"³⁶.

Reconnaissons cependant que la jurisprudence de ces quinze dernières années semble avoir complètement renoncé à prendre position sur le terrain de la définition d'une nature humaine quelconque, le débat se déplaçant sur un tout autre terrain, celui de la définition du critère procédural au nom duquel départager le licite de l'illicite en matière de bonnes mœurs (cf. *infra*, V). Sans doute est-ce là un signe parmi d'autres de la difficulté de juger en cette matière, à l'heure de la banalisation des représentations de la sexualité et du brouillage, typiquement postmoderne, des codes et images de référence. A signaler cependant, une tentative intéressante, et pourtant avortée, de redéfinition du concept de bonnes mœurs en rapport avec des représentations d'horreur, de violence extrême et de sadisme. Réformant une décision de première instance qui, sur base d'un rapport d'expert, avait appliqué le concept d'outrage aux bonnes mœurs à un film extrêmement violent, la Cour d'Appel d'Anvers prétend s'en tenir à la protection de la seule norme sexuelle : il y aurait danger, explique la Cour, à permettre la poursuite de n'importe quelle représentation ou comportement à incidences morales, en dehors d'une incrimination explicite³⁷.

La distinction ainsi posée par la jurisprudence traditionnelle entre la raison et les sens entraîne plusieurs corollaires importants. Le premier consiste dans la normalisation de l'activité sexuelle, tolérée pour autant que régularisée (notamment finalisée par la génitalité), et ainsi subordonnée à l'ordre moral des familles. Ainsi, par exemple, échapperont à la répression les images qui "*visent à élever l'amour dans le mariage (...)* ; *séquences où la sexualité se trouve en quelque sorte ennoblie, épurée du vice, l'acte amoureux étant montré comme l'accomplissement d'une réciprocité affective et la réussite d'un amour partagé*"³⁸. On notera encore, dans cet ordre d'idées, que, jusqu'en 1973, l'article 383 incluait parmi les atteintes aux bonnes mœurs la propagande en faveur de moyens anticonceptionnels au motif qu'"*ils ont pour résultat - et peut-être pour but - de discréditer, sinon d'avilir, l'idée de paternité ou de maternité*"³⁹.

36. Corr. Bruxelles, 29 juin 1970, *Rev. dr. pén. crim.*, 1970-1971, p. 2563. Cf. aussi Trib. gde Inst. Paris, 5 octobre 1972, *J.T.*, 1972, p. 403.

37. Anvers, 30 avril 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 1358 et s. La Cour se base également sur la "volonté claire" du législateur et le "consensus général" qui associent aux "bonnes mœurs" une connotation exclusivement sexuelle.

38. Corr. Bruxelles, 29 juin 1970, *Rev. dr. pén. crim.*, 1970-1971, p. 261.

39. *Pasinomie*, 1923, p. 361. En 1973, le législateur a reconnu que "*l'acte sexuel n'est plus considéré comme étant synonyme de procréation*" (*Doc. parl.*, Chambre, 1972-1973, 27 juin 1973, 634, n° 1, p. 1).

Un deuxième corollaire lié à l'anthropologie cartésienne qui se dégage de notre corpus jurisprudentiel est cette idée que l'activité de l'esprit est, par nature, désintéressée, tandis que la poursuite d'un but de lucre traduit possiblement un rapport coupable avec les instincts pervers. Ainsi : "*l'utilisation du film dans un but de lucre ne lui permet pas de remplir entièrement son but éducatif*"⁴⁰ ; ou encore : "*une œuvre pornographique est créée à des fins basement commerciales et ne spéculé que sur les bas instincts*"⁴¹. Ces attendus, qui sont loin d'être isolés, témoignent de l'assimilation fantasmatique des deux commerces, celui du sexe et celui du "mauvais argent", dont on feint de croire que l'esprit n'a rien à y voir⁴².

Un troisième corollaire, qui est sans doute l'illustration la plus nette de la vision dichotomique qui traverse la jurisprudence, est l'immunité réservée aux productions littéraires, artistiques, scientifiques et éducatives au titre "d'œuvres de l'esprit", tolérance dont bénéficieront aussi, quoique dans une moindre mesure, les productions visant à la critique politique et sociale, ainsi que les réalisations humoristiques ou grotesques.

Peut-être pensera-t-on que pareille immunité trouve sa justification dans la protection du droit fondamental à la liberté d'expression par la Constitution (article 14) et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 10). Cette justification, pour vraisemblable qu'elle paraisse, n'est cependant guère pertinente dès lors que l'article 14 de la Constitution réserve précisément le cas des "*délits commis à l'occasion de l'usage*" de la liberté d'expression, et que l'article 10 de la CEDH prévoit, en son paragraphe deux, la possibilité de "*limitations*" étatiques justifiées, dans une société démocratique, par la "*protection de la morale*"⁴³. Le fondement de l'immunité dont jouissent les arts et les sciences tient donc plutôt dans l'anthropologie dualiste classique pour laquelle, par nature, art et science sont moraux. Au ciel des idées, le bien, le beau et le vrai sont censés converger comme le révèle cet attendu : "*l'art et la morale, deux manifestations de la Vérité et de la Beauté, ne peuvent en principe être en contradiction*"⁴⁴. C'est que l'art véritable "*s'adresse aux facultés supérieures de l'âme et tend à satisfaire en celle-ci le sentiment du beau*"⁴⁵ ; de même, "les

40. Bruxelles, 11 juin 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 315.

41. Cass., 27 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 179.

42. Sur l'assimilation des deux commerces, cf. Legendre (P.), *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, 1974, p. 226 et s.

43. Dans un arrêt du 15 juin 1982 (*R. W.*, 1982-1983, col. 1985 et s.), la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une décision qui appliquait les articles 385 et 386 à des nudistes manifestant contre la censure, et ce après avoir écarté l'argument tiré de l'article 10 de la CEDH. Par ailleurs, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 mai 1988 considère que la saisie de certains tableaux par les autorités judiciaires suisses peut se justifier au regard de l'article 10 §2 de la Convention (affaire Müller, *NJB*, 1988, p. 983 et s. On pourrait également rappeler l'arrêt Handyside du 29 avril 1976, *Publications de la CEDH*, série A, vol. 24).

44. Corr. Verviers, 3 juillet 1908, *J.T.*, 1908, col. 1346.

45. Liège, 29 décembre 1904, *Pas.*, 1905, II, p. 191.

*travaux de la science sont, par l'intention qui les inspire et leur nature, étrangers à toute notion d'outrage aux mœurs*⁴⁶.

Bien qu'un courant jurisprudentiel minoritaire n'hésite pas à rompre cette prétendue harmonie en soutenant que *"les notions de débauche et de bonnes mœurs (...) ne peuvent se confondre avec (...) les règles de l'esthétique ou du bon goût"*⁴⁷, la jurisprudence dominante s'en tient à une vision classique de l'art - un art apollinien qui idéalise et rassure : une représentation ou une image viendrait-elle à heurter les bonnes mœurs, le juge n'hésiterait pas à en disqualifier le caractère artistique. Ainsi, le film *"Je suis curieuse"* fit-il l'objet d'un jugement de condamnation au motif que *"certaines des scènes, représentant des relations intimes d'un couple, (étaient) empreintes d'un grand réalisme, d'autant que ce couple évolue dans un milieu pauvre, sans aucun apprêt, sans le moindre embellissement de la réalité"*⁴⁸.

C'est une pareille disqualification qui affecte les images imprimées dont on sait qu'elles connaissent un sort différent, sur le plan de la procédure pénale, de celui qui est réservé aux textes qui les accompagnent. Alors que ces derniers relèvent, en principe, de la Cour d'assises, au titre d'expression d'une pensée (en principe seulement car, dans les faits, aucun délit d'outrage aux mœurs par voie de presse n'a plus été soumis à une Cour d'assises depuis 1941), en revanche les images censées attentatoires aux bonnes mœurs sont du ressort des juridictions pénales ordinaires au motif, invariablement répété par la Cour de cassation, que *"les figures ou images contraires aux bonnes mœurs ne sont pas l'expression d'une pensée s'adressant à l'intelligence, mais sont des objets matériels faisant appel aux sens"*⁴⁹. Et voilà comment une position hyper-spiritualiste finit pas déboucher sur son contraire : tout se passe ici comme si l'image parlait une sorte de langage brut qui s'adresserait, sans aucune médiation, aux sens et aux instincts. Qui ne voit qu'en réalité l'image est tantôt rapportée aux productions spiritualistes de l'art, lorsqu'elle n'est pas jugée offensante, tantôt ravalée au rang de stimulus sensoriel lorsque le juge l'estime contraire aux bonnes mœurs ? Poussant cette logique à son terme, d'aucuns ont même pu considérer que l'expression de certaines opinions, jugées licencieuses et obscènes, ne relevait plus non plus du domaine des idées : *"nous avons peine à trouver dans les écrits imprimés obscènes des délits intellectuels, de pensée ou d'opinion"*⁵⁰ ; *"il y a là une propagande d'une idée obscène, laquelle s'adresse bien moins à l'intelligence qu'elle n'intéresse les sens et leur satisfaction égoïste"*⁵¹. Par sa radicalité, cette thèse a au moins le mérite d'opposer un démenti interne au partage de l'esprit et des sens qui traverse la jurisprudence classique relative à l'outrage aux mœurs.

46. Cass., 7 décembre 1931, *Pas.*, 1932, I, p. 2.

47. Mons, 3 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1360 ; cf. aussi Bruxelles, 8 juin 1977, *J.T.*, 1977, p. 680.

48. Corr. Bruxelles, 29 juin 1970, *Rev. dr. pén. crim.*, 1970-1971, p. 259.

49. Dernier arrêt en ce sens : Cass., 18 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 19.

50. Orban (O.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, Liège-Paris, 1911, p. 450.

51. Corr. Liège, 14 juin 1909, *Pas.*, 1910, II, p. 172, confirmé par Liège, 18 octobre 1909, *ibid.*

IV - BONNES MŒURS ET DIFFÉRENCIATION SOCIALE

La représentation des rapports sociaux que véhicule le discours juridique en matière de bonnes mœurs semble marquée par une tension profonde. D'une part, on observe la référence à une société relativement homogène dont la morale commune en matière de sexualité permettrait de déterminer de manière objective le contenu à réprimer⁵² et requerrait la protection de tous de manière indifférenciée⁵³. D'autre part, cette référence est très largement contredite par la prise en compte de critères de différenciation tels que le sexe, l'âge et la classe sociale, et cela tant au niveau des interprètes des exigences en matière de bonnes mœurs, qu'au niveau des victimes potentielles de l'infraction et de la détermination du contenu réprimé.

Parmi ces critères, on peut d'abord évoquer celui du sexe. Si les femmes n'ont sans doute jamais été les interprètes "réels" des bonnes mœurs, il faut cependant admettre que le texte "fondateur" que constitue l'article 8 de la loi française du 19 juillet 1791 réprimant "l'outrage à la pudeur des femmes", en faisait les interprètes "supposés", en même temps qu'un objet spécifique de protection. Si le Code pénal belge de 1867 a, comme le Code pénal français de 1810, supprimé cette référence, on soulignera néanmoins le fait que les femmes se sont vu reconnaître, tout au long du XIX^e siècle, voire même au cours du XX^e, le rôle d'agents privilégiés de sauvegarde des bonnes mœurs, en tant que mères de famille⁵⁴, en même temps qu'elles se voyaient elles-mêmes l'objet d'une protection particulière en tant que femmes. Enfin, comme ce fut le cas aux Etats-Unis par l'intermédiaire des mouvements féministes⁵⁵, les femmes pourraient très bien revendiquer aujourd'hui un nouveau rôle d'interprète dans le cadre de la défense de leur propre cause, luttant cette fois, dans une perspective d'égalisation des sexes, contre leur subordination aux hommes. Quant à la détermination du contenu réprimé, une différenciation entre les sexes s'est longtemps manifestée, notamment en ce qui concerne la représentation de la nudité. Alors que la nudité féminine avait depuis longtemps acquis droit de cité dans le monde du spectacle, on peut rappeler que l'apparition de trois hommes nus sur la scène d'un casino fit encore l'objet d'une condamna-

52. On évoquera notamment en ce sens la référence à la "morale commune" (corr. Charleroi, 25 novembre 1967, *J.T.*, 1967, p.741), au "sentiment collectif" (Corr. Bruxelles, 7 mai 1969, *Rev.dr.pén.crim.*, 1969-1970, p.270 ; Cass., 17 mai 1978, *Rev.dr.pén.crim.*, 1978, p.791 ; corr. Bruxelles, 29 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p.783) ou "général" (Liège, 26 juin 1968, *Pas.*, 1968, II, p.279 ; corr. Bruxelles, 22 janvier 1969, *J.T.*, 1969, p.141 ; Bruxelles, 28 octobre 1987, *Rev.dr.pén.crim.*, 1988, p.968) et à la "conscience collective" du moment (Cass., 24 novembre 1981, *R.W.*, 1981-1982, col.1820 ; Cass., 15 juin 1982, *R.W.*, 1982-1983, col.1987 ; Liège, 23 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p.1362).

53. Cf. notamment Rigaux (M.) et Trousse (P.-E.), *Les crimes et délits du Code pénal*, t.V, Bruxelles, 1968, p.415 : "les articles 383 à 385 ont entendu protéger la pudeur publique..., la pudeur en général, la pudeur de tous".

54. Pour la France, cf. notamment Donzelot (J.), *La police des familles*, Paris, 1977, p.24-25. Pour la Belgique, cf. notamment Meyers (A.), "Quelques aspects de la lutte contre l'immoralité", in *Rev.dr.pén.crim.*, 1926, p.424.

55. Cf. notamment Hoffman (E.), "Feminism, pornography, and law", in *University of Pennsylvania Law Review*, vol.133, 1985, p.497 et s.

tion en 1967⁵⁶ et qu'il faudra attendre le milieu des années 1970 pour que des représentations phalliques⁵⁷ ainsi que des scènes de nudité masculine⁵⁸ échappent à la répression.

Si les mineurs ont été, eux aussi, constamment visés en matière de bonnes mœurs, c'est évidemment davantage en tant qu'objet de protection, qu'en tant qu'interprètes des exigences à faire respecter en cette matière. Certaines décisions anciennes n'ont cependant pas hésité à en faire, une fois encore, les interprètes supposés de ces exigences, en se référant à "*la pudeur commune de la jeunesse et de l'adolescence*"⁵⁹, à celle des "*personnes faibles, jeunes, facilement impressionnables*"⁶⁰, et en particulier à l'outrage qui serait fait à "*des jeunes de 16 à 18 ans*"⁶¹. C'est surtout cependant dans un esprit de préservation et de protection morales que la jeunesse a fait l'objet d'une attention particulière tant de la part du législateur que de la jurisprudence. La loi du 18 mai 1932 sur la protection morale de l'enfance, modifiée en 1936 et constituant l'actuel article 386bis du Code pénal, a introduit une infraction nouvelle consistant dans la vente ou la distribution sur la voie publique ou le long de celle-ci d'images ou d'objets indécents de nature à troubler l'imagination des enfants de moins de 16 ans (18 ans depuis 1962). Par ailleurs, la loi du 28 juillet 1962 a aggravé la peine applicable, en cas d'outrage public aux bonnes mœurs, lorsque les faits sont commis à l'égard de mineurs. Quant à la jurisprudence, le fait qu'elle accorde une importance croissante, au moins dans les lieux clos ou "semi-publics", au consentement des personnes susceptibles de voir les scènes ou les images incriminées, va logiquement de pair avec l'idée qu'il convient de différencier à cet égard les adultes consentants et les mineurs d'âge "*qui ne sont pas à même d'y consentir valablement*"⁶². Par ailleurs, le fait que les scènes représentées impliquent des mineurs ou des adultes consentants ne laisse manifestement pas la jurisprudence indifférente⁶³.

56. Cette décision fut confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Gand et un arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1973 (*Pas.*, 1970, I, p.555).

57. Bruxelles, 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, II, p.123.

58. Corr. Bruxelles, 16 février 1977, *J.T.*, 1977, p.330.

59. Corr. Liège, 22 avril 1902, *Jur. Liège*, 1902, p.168.

60. Corr. Bruxelles, 24 février 1923, *Rev.dr.pén.crim.*, 1923, p.370.

61. Corr. Bruxelles, 12 mars 1969, *J.T.*, 1969, p.354.

62. Mons, 3 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p.1360. Cf. cependant Bruxelles, 28 octobre 1987, *Rev.dr.pén.crim.*, 1988, p.968 : "*il importe peu que le prévenu...ait réservé ce genre de cassettes à un public 'majeur' et 'demandeur'...Qu'en tenir compte au niveau de l'incrimination serait ajouter au texte pénal des conditions d'application qui n'existent pas*".

63. Cf. notamment Bruxelles, 24 avril 1991, *Journal des procès*, 17 mai 1991, n°195, p.30 où l'arrêt confirme un jugement d'acquiescement en relevant que "*les images projetées...ne contiennent notamment aucune scène de...pédophilie*" et qu'"*il s'agit exclusivement de la représentation d'actes et de relations sexuelles sous différentes formes entre des adultes consentants*". Cf. également Liège, 23 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p.1362 : "*la cour déplore que le talent du prévenu se soit porté sur la nudité des adolescents*". Sur les réactions suscitées aux Etats-Unis par la pornographie représentant des mineurs, cf. notamment van de Kerchove (M.), *Le droit sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, 1987, p.244-245 et références citées.

Enfin, le critère de "classe" ou d'appartenance sociale, paraît constituer un troisième élément de différenciation.

En ce qui concerne les interprètes de la notion de bonnes mœurs, tout d'abord, il n'est pas difficile d'apercevoir que, derrière l'opinion commune ou collective se trouve souvent recherchée celle de la partie "éclairée" du public⁶⁴ et que le recours à l'opinion moyenne cède souvent le pas à celle de "l'honnête homme"⁶⁵ ou - en termes plus actuels et apparemment plus neutres - à celle de certains experts ou des "citoyens ayant une saine mentalité"⁶⁶. A défaut de telles références, il n'est pas rare, enfin, que le juge fonde son appréciation sur son opinion propre, en tant qu'"il est le gardien et l'interprète" du sentiment collectif de la pudeur⁶⁷. Mis à part les problèmes de légitimité politique que ces références soulèvent - et sur lesquels nous reviendrons ensuite -, il apparaît clairement que ces interprètes appartiennent bien à une certaine élite sociale et culturelle, dans laquelle il est permis d'inclure les juges eux-mêmes. Si l'on se penche, en revanche, sur les milieux sociaux protégés par les dispositions pénales, une différenciation apparaît également, mais en sens inverse cette fois. Les travaux préparatoires des différentes modifications législatives apportées aux articles 383 et suivants du Code pénal font tout d'abord apparaître le souci d'atteindre principalement, sinon exclusivement, les milieux populaires⁶⁸. Ce souci apparaît également dans un certain nombre de décisions judiciaires où la différence est explicitement faite entre "l'enfance populaire"⁶⁹ et "les spectateurs sans maturité intellectuelle"⁷⁰, d'une part, les publics d'"intellectuels"⁷¹ et "avertis"⁷², d'autre part. Enfin, on relèvera certaines formes presque caricaturales de différenciation sociale dans la détermination du contenu réprimé, lorsque l'indulgence du tribunal est accordée à "un ouvrage de luxe"⁷³ ou dans la représentation des aventures d'"un jeune homme de bonne famille"⁷⁴, alors qu'elle est refusée par exemple à des scènes "empreintes d'un grand réalisme, rappelant par moment celui d'Emile Zola... dans un milieu pauvre, sans aucun apprêt, sans le moindre embellissement de la réalité"⁷⁵.

En conclusion, il apparaît que, si les politiques en matière sexuelle "ont concerné les deux sexes, les différents âges, les différentes classes sociales",

64. Corr. Bruxelles, 29 juin 1970, *Rev.dr.pén.crim.*, 1970-1971, p.265.

65. Corr. Bruxelles, 28 mai 1966, *J.T.*, 1966, p.447.

66. Cass., 9 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p.825. Cf. également Bruxelles, 28 octobre 1987, *Rev.dr.pén.crim.*, 1988, p.969.

67. Corr. 29 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p.783.

68. Cf. notamment *Pasinomie*, 1926, p.402 et 1932, p.150 où sont explicitement visés les "enfants de la classe ouvrière".

69. Liège, 16 février 1956, *Pas.*, 1957, II, p.6.

70. Corr. Bruxelles, 3 juin 1954, *J.T.*, 1954, p.556.

71. Cass., 27 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p.179.

72. Corr. Bruxelles, 20 février 1964, *J.T.*, 1964, p.33.

73. Liège, 29 octobre 1901, *Pas.*, 1902, II, p.66.

74. Corr. Liège, 25 mai 1921, *Rev.dr.pén.crim.*, 1921, p.851.

75. Corr. Bruxelles, 12 mars 1969, *J.T.*, 1969, p.355.

elles n'en constituent pas moins "un point de passage particulièrement dense pour les relations de pouvoir"⁷⁶, provoquant des effets sociaux différenciés dont les femmes, les jeunes et les milieux "populaires" ont été les cibles principales.

V - L'INTROUVABLE CRITÈRE D'APPRÉCIATION DES BONNES MŒURS

Le législateur n'a pas défini le comportement ou la représentation attentatoire aux bonnes mœurs, laissant ainsi au juge le soin d'adapter la loi aux mentalités et aux mœurs de l'époque. Confronté à la libéralisation des mœurs et à la banalisation des représentations de la sexualité, immergé dans une société postmoderne qui éprouve le plus grand mal à décliner les valeurs méritant protection sociale, le juge semble de plus en plus préoccupé d'identifier un critère objectif qui lui permettrait de tracer de manière incontestable la frontière du licite et de l'illicite en matière de défense de la pudeur publique. On pourrait, à cet égard, formuler l'hypothèse suivante : au fur et à mesure que s'estompe une conception substantielle de la moralité publique concernant la sexualité, se développe, dans les attendus des décisions, les considérations relatives à la procédure formelle, à la démarche intellectuelle qu'il y aurait lieu de suivre pour parvenir malgré tout à dire le droit dans un contexte de permissivité de plus en plus généralisée.

Sous des étiquettes variées, c'est évidemment l'identification du consensus social que poursuit le juge. Mais s'il veut se départir d'une référence purement incantatoire au consensus, il est contraint d'en préciser le contenu et d'en établir la réalité. Or, dès lors qu'on veut le concrétiser et le quantifier, voilà qu'il échappe, se disperse dans l'empirique et finit par aboutir à sa propre négation. C'est que, dans son fond, le consensus est d'ordre mythique. Il fonctionne à la croyance, à l'adhésion, à l'invocation rituelle⁷⁷. La jurisprudence qui nous occupe livre un échantillonnage précieux des apories auxquelles conduit cette notion de consensus, en même temps que de la difficulté de s'en passer. Tantôt le juge est tenté de sacrifier rituellement à un consensus idéal et *a priori*, tantôt, au contraire, il s'efforce de l'identifier par le biais de divers indices et interprètes, sans se résoudre pour autant ni à s'incliner purement et simplement devant l'opinion publique, ni à s'en tenir à une simple évocation formelle. C'est, du reste, un paradoxe du même ordre qui caractérise la notion de bonnes mœurs elle-même, qui renvoie sans doute au tableau des "mœurs" d'une population à un moment donné de son histoire, mais pointe, par ailleurs, vers une hiérarchie de valeurs, les "bonnes" mœurs qui ne sauraient se réduire à la moyenne statistique des comportements concrets.

76. Foucault (M.), *Histoire de la sexualité*, op.cit., t.I, p.136-137.

77. G. Burdeau (*La politique au pays des merveilles*, Paris, 1979, p. 126) parle, dans un sens très voisin, du "peuple, mythe de l'unité politique".

Appréciant, sous le contrôle de la Cour de cassation, si telle représentation ou tel comportement est oui ou non contraire aux bonnes mœurs, le juge entend avant tout se garder du reproche de subjectivité⁷⁸ ; si son opinion personnelle n'est pas pertinente en l'espèce, il ne lui est pas permis non plus de se référer au "*sentiment de pudeur de quelques personnes seulement*"⁷⁹ ; mieux, la Cour de cassation rejette également la référence aux conceptions partagées par "*de nombreuses personnes*" (en néerlandais : "*velen*")⁸⁰, un tel critère restant, en effet, à la fois vague et trop particulier. A la suite des conclusions de l'avocat général, la Cour de cassation entend s'en tenir aux conceptions qui se dégagent de la "conscience collective". Ce n'était là cependant qu'une énième formulation du critère consensuel toujours recherché et qui se traduit aussi, dans la jurisprudence et la doctrine, par des expressions comme "*seuil d'émotivité du groupe social en matière sexuelle*"⁸¹, "*sentiment collectif de la pudeur à l'époque et dans la région où les faits se situent*"⁸², "*réprobation et indignation de la majorité des citoyens*"⁸³, "*sentiment général de pudeur de l'immense majorité des citoyens*"⁸⁴.

Il est compréhensible cependant que les magistrats cherchent à préciser quelque peu le contenu de critères formulés de façon aussi abstraite, sans pour autant nourrir nécessairement beaucoup d'illusions sur les chances de réussite de l'entreprise : une décision ne relève-t-elle pas que "*les tentatives ainsi faites pour réussir une approche de l'opinion publique se sont révélées insatisfaisantes*"⁸⁵ ? L'indice sans doute le plus réaliste de la réaction sociale à l'immoralité est l'existence d'un scandale suscité par la représentation ou le comportement contesté. Certaines décisions subordonnent donc leur appréciation à la présence ou l'absence de scandale, une notion qui "*loin d'être étrangère à la cause, est au contraire un des moyens de déterminer si la pudeur publique est offensée*"⁸⁶. D'autres décisions, au contraire, rejettent ce critère, au motif que l'absence de plaintes pourrait s'expliquer soit par la satisfaction d'une partie du public, soit, au contraire, par l'embarras dans lequel la mise en présence de certaines images a pu plonger une autre partie du public⁸⁷. Même quand un scandale réel s'est produit, encore peut-il être différemment apprécié : dans la même espèce, une Cour d'appel condamne l'exploitant d'une salle de cinéma, après avoir valorisé les réactions de réprobation d'un

78. Corr. Charleroi, 25 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 412.

79. Bruxelles, 28 octobre 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 969 ; Concl., avant Cass., 28 septembre 1977, *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 89.

80. Cass., 24 novembre 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 1815 et s., et les conclusions de l'avocat général Janssens de Bisthoven et la note de J. de Zegher.

81. Liège, 23 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1362 ; corr. Bruxelles, 7 novembre 1986, *J.P.*, n° 51, 30 novembre 1984, p. 24 ; Rigaux (M.) et Trousse (P.-E.), *Les crimes et délits du Code pénal*, T. V, Bruxelles, 1968, p. 417.

82. Bruxelles, 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, II, p. 122.

83. Bruxelles, 27 mars 1970, *J.T.*, 1970, p. 327.

84. Bruxelles, 28 octobre 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 968.

85. Corr. Charleroi, 25 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 412.

86. Corr. Bruxelles, 16 février 1977, *J.T.*, 1977, p. 331.

87. Bruxelles, 27 novembre 1969, *Pas.*, 1970, II, p. 50.

public qui *“a parfaitement saisi la véritable signification”* du film⁸⁸, alors que le premier juge avait prononcé l’acquittement, après avoir stigmatisé *“les manifestations déplacées d’une partie d’un public mêlé”*⁸⁹.

Paradoxes d’une opinion publique qu’il faut suivre et ne pas suivre : dans la même affaire, un tribunal acquitte l’éditeur de publications licencieuses au motif qu’elles n’*“ont pas suscité de réprobation en dépit du temps écoulé”*⁹⁰, mais note néanmoins que *“le consensus social en cette matière ne peut aller jusque là”* (*“reculer sans cesse l’escalade du tolérable jusqu’à l’effacement final”*) de l’infraction, *“tolérer un envahissement débridé de publications libérées de toute contrainte”*⁹¹.

Le juge trouve-t-il auprès des experts (critiques cinématographiques, journalistes spécialisés, pédagogues, psychologues, neurologues...) une interprétation plus fiable de l’opinion commune ? Si, durant les années septante, appel était fait fréquemment aux experts, on ne peut dire pour autant que leurs avis étaient systématiquement suivis. Ici aussi prévaut l’ambiguïté, l’expert étant tantôt valorisé comme représentant du savoir⁹², tantôt dévalorisé comme membre d’une élite en marge de la majorité de la population qui, elle, conserve des *“idées saines”*⁹³.

On notera encore que quelques décisions isolées font parfois référence, mais plutôt à titre subsidiaire et toujours au prix des mêmes ambiguïtés, à d’autres indices de l’état de l’opinion publique comme des propositions de modification de la loi et des déclarations de parlementaires⁹⁴, ou encore le genre d’images reproduites par la publicité ou d’idées véhiculées par la chanson⁹⁵.

En dépit de ces tentatives, parfois méritoires, d’identification concrète de l’opinion publique, le bilan se solde donc par une ambiguïté généralisée, le juge ne se résolvant pas à s’aligner automatiquement sur les indices qu’il recueille. On retrouve ici quelque chose de l’embarras des théoriciens du contrat social qui, comme Jean-Jacques Rousseau, entendaient remettre tout le pouvoir au peuple et se défiaient de lui tout en même temps : *“il faudrait que les hommes fussent avant les lois ce qu’ils doivent devenir par elles”*⁹⁶.

88. Liège, 30 juillet 1921, *Rev. dr. pén. crim.*, 1921, p. 854.

89. Corr. Liège, 25 mai 1921, *Rev. dr. pén. crim.*, 1921, p. 852.

90. Corr. Bruxelles, 29 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 784.

91. *Ibidem*, p. 783.

92. Corr. Bruxelles, 26 juin 1968, *Rev. dr. pén. crim.*, 1970-1971, p. 263 : *“Les critiques d’art ne représentent pas l’opinion publique ; au contraire, par définition, il la forment, il la font. Ils représentent avant tout leurs propres conceptions artistiques et leur propre morale”*.

93. Corr. Bruxelles, 29 juin 1970, *Rev. dr. pén. crim.*, 1968-1969, p. 61 : référence est faite à l’appréciation favorable et convergente de nombreuses personnalités *“représentant la partie éclairée de l’opinion publique”*.

94. Corr. Bruxelles, 16 février 1977, *J.T.*, 1977, p. 331.

95. Corr. Bruxelles, 22 janvier 1969, *J.T.*, 1969, p. 142.

96. Rousseau (J.-J.), *Le contrat social*, Paris, 1972, p. 110.

Témoigne encore de cet embarras, la défiance des parquets à l'égard des jurys populaires d'assises, en principe compétents pour connaître des outrages aux mœurs commis par voie de presse, mais qui n'ont plus été réunis pour des infractions de ce genre depuis 1941.

De même encore, l'idée parfois émise de mesurer le champ de l'outrage aux mœurs à l'aide de sondages et d'enquêtes d'opinion⁹⁷ se heurte à de nombreuses objections⁹⁸. A juste titre, si on admet, avec P. Bourdieu, que l'"*opinion publique n'existe pas*"⁹⁹ et que les conclusions chiffrées qu'on tire des enquêtes d'opinion sont, le plus souvent, un artefact produit par la technique du sondage elle-même¹⁰⁰. On retiendra également, dans le même ordre d'idées, cette précision avancée par la Cour d'appel de Mons : "*les notions de débauche et de bonnes mœurs ne se dégagent pas de l'addition des règles de morale individuelle (...); certains comportements peuvent être réprouvés, à titre individuel, par une majorité de citoyens, sans pour autant heurter la moralité publique*"¹⁰¹.

Voilà donc le juge renvoyé à un consensus abstrait et parfois même à un consensus normatif. Prévaut alors l'idée de "moyenne" : en matière d'outrage aux mœurs, c'est "l'opinion commune moyenne" qu'il faut suivre, en faisant abstraction "*de ce que pourrait penser, d'une part, l'homme prude et, d'autre part, le licencieux ou le tenant de la révolution sexuelle*"¹⁰². Mais les difficultés ne disparaissent pas pour autant, car les juridictions ne s'accordent pas nécessairement sur la composition de cette moyenne. Si la thèse dominante s'appuie sur les réactions supposées d'un public d'adultes avertis et équilibrés, une deuxième thèse entend avoir égard à la pudeur des personnes les plus faibles et les plus suggestibles¹⁰³, tandis qu'une troisième conception, très isolée il est vrai, définit la pudeur publique comme celle de "*la généralité des citoyens qui consentent à les regarder (les images contestées) et aux yeux desquels elles ne sont en aucune manière imposées*"¹⁰⁴.

Finalement, cette quête éperdue d'objectivité conduira à l'élaboration d'une nouvelle version d'*homo juridicus* : "*l'homme normal*"¹⁰⁵, le "*citoyen moyen ayant des idées saines*"¹⁰⁶, "*le citoyen moyen qui n'est pas resté insen-*

97. Lahaye (N.), "Une définition juridique de l'outrage public aux bonnes mœurs est-elle possible ?", in *Les frontières de la répression, op.cit.*, p. 49.

98. Piret (J.-M.), "La protection de la moralité publique", in *Rev. dr. pén. crim.*, 1969-1970, p. 435 ; Lallemand (R.), "Considérations sur les bonnes mœurs", in *J.T.*, 1971, p. 418.

99. Bourdieu (P.), "L'opinion publique n'existe pas", in *Les Temps modernes*, n° 318, 1973, p. 1295.

100. Robert (Ph.) et Faugeton (C.), *La justice et son public. Les représentations sociales du système pénal*, Genève, 1978, p. 33.

101. Mons, 3 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1360.

102. Bruxelles, 27 novembre 1969, *Pas.*, 1970, II, p. 49-50.

103. Corr. Liège, 22 avril 1902, *J.T.*, 1908, col. 1355 ; corr. Bruxelles, 12 mars 1969, *J.T.*, 1969, p. 355.

104. Bruxelles, 24 avril 1991, *J.T.*, 17 mai 1991, p. 30.

105. Corr. Bruxelles, 7 mai 1968, *J.T.*, 1969, p. 599.

106. Cass., 9 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 456 ; Cass., 9 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 825.

*sible aux mutations qui se sont produites en cette matière*¹⁰⁷. Ces infinies variations sur le thème de l'homme moyen et du sentiment commun ne démontrent-elles pas à suffisance l'impossibilité de départager ici le constatif du normatif, et le subjectif de l'objectif ? Si cet introuvable homme moyen n'est en définitive que l'écran sur lequel se projettent les hiérarchies de valeur des juridictions, n'est-il pas plus sage d'admettre, comme le faisait l'une d'elles, que le juge "*agit comme s'il représentait une moyenne de la population*"¹⁰⁸ ?

La fiction inhérente à ce "comme si" révèle la vraie nature du discours juridique : ni vraiment constatif, ni vraiment normatif : performatif plutôt - un discours institué pour faire fonctionner des idéalités comme celles de l'"homme moyen", de la "pudeur publique" et des "bonnes mœurs". La question se pose cependant de savoir si, aujourd'hui, la société se croit encore autorisée à imposer ces idéalités.

107. Liège, 23 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1362 ; corr., Bruxelles, 29 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 784.

108. Bruxelles, 22 mars 1973, *Pas.*, 1973, II, p. 122.