HAL
open science

# Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique

Danièle Lochak

## To cite this version:

Danièle Lochak. Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique. Les bonnes moeurs, Presses Universitaires de France, pp.15-53, 1994, Publications du CURAPP. hal-01670208

**HAL Id: hal-01670208**

**https://hal.parisnanterre.fr/hal-01670208**

Submitted on 21 Dec 2017

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

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

# *LE DROIT A L'ÉPREUVE DES BONNES MŒURS*
## *PUISSANCE ET IMPUISSANCE DE LA NORME JURIDIQUE*

PAR

Danièle LOCHAK

*Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre*

Mettre l'accent, de façon primordiale, sur l'approche juridique des bonnes mœurs, ce n'est pas succomber au fétichisme du droit : c'est simplement prendre acte de ce que les bonnes mœurs ont partie liée, étroitement liée, avec le droit. Lorsqu'on parle des "bonnes" mœurs, on ne fait pas qu'ajouter un qualificatif à un substantif ; on modifie, ou tout au moins on resserre le registre dans lequel on s'exprime. Alors que les mœurs sont définies dans tous les dictionnaires sans référence immédiate au droit, il est symptomatique que les "bonnes mœurs" soient toujours indiquées comme appartenant au lexique du droit.

On lit ainsi dans le *Grand Robert*, sous "Mœurs": "2. Dr. *Bonnes mœurs : "ensemble des règles imposées par la morale et auxquelles les parties ne peuvent déroger par leurs conventions" (Capitant). Loi qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs. La clause contraire aux bonnes mœurs est illicite. Outrage aux bonnes mœurs. Certificat de bonne vie et mœurs : certificat attestant la bonne conduite et la moralité d'un individu. Police des mœurs : police chargée de la recherche des infractions aux lois sur la prostitution. Brigade des mœurs.* - Ellipt. *Les mœurs*".

Ou encore, dans le *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse* : " - Dr. *Bonnes mœurs : Règles morales dont la société ne permet pas qu'il puisse y être dérogé par la volonté des parties.* - Dr. pénal. *Attentat aux mœurs [...]. Outrage aux bonnes mœurs.*"

On est d'autant plus fondé à admettre qu'il s'agit d'une notion juridique qu'on en trouve l'origine dans le droit romain - à Rome, les *boni mores*,

ensemble de principes de conduite impératifs se rattachant au droit, sont placés en tête des ouvrages élémentaires didactiques des jurisconsultes - et qu'elle a été par la suite introduite dans le droit canonique après que les moralistes chrétiens l'aient reprise à leur compte[1].

Reste ce paradoxe, qui est au cœur de notre sujet : si la notion de bonnes mœurs appartient au lexique et au champ sémantique du droit, le droit n'en est pas moins incapable de définir cette notion et il ne parvient à lui donner un contenu qu'en faisant en permanence référence à d'autres domaines du savoir, à d'autres normes, à d'autres champs conceptuels.

D'un côté, donc, le droit est mis à contribution comme instrument de promotion des bonnes mœurs - plus exactement, pour les raisons qu'on explicitera plus loin, comme instrument de censure ou de répression des mauvaises mœurs (I). Mais de l'autre il s'abstient de définir ce dont il parle et qu'il prétend régir : les bonnes mœurs restent conceptuellement insaisissables (II). Peu importe, d'ailleurs, aussi longtemps que les "bonnes mœurs" vont de soi. C'est lorsqu'elles ne vont plus de soi que ce vide conceptuel pourrait commencer à faire problème ; mais c'est précisément le moment où l'on constate la raréfaction progressive de cette notion et des notions voisines dans le corpus juridique, concomitante de la désuétude qui les affecte dans le langage courant : indice que le couple naguère encore si soudé que formaient les bonnes mœurs et le droit est en train de se désagréger lentement, discrètement, sous nos yeux (III).

Puissance de la norme juridique pour cautionner l'existence des bonnes mœurs et mettre en place des dispositifs de répression et de censure des mauvaises mœurs ; impuissance de la norme juridique à définir le contenu des bonnes mœurs autrement qu'en empruntant à la morale ou au sens commun ; impuissance encore de la norme juridique à contenir l'inexorable libéralisation des mœurs dans les sociétés contemporaines dont elle se borne à prendre acte. Tels sont quelques uns des enseignements que l'on peut tirer de l'analyse du traitement juridique des bonnes mœurs, qui offre ainsi l'occasion de mettre le droit "à l'épreuve".

## *I - LE DROIT, INSTRUMENT DE CENSURE DES MAUVAISES MŒURS*

Lorsqu'on évoque le rôle que le droit est appelé à jouer dans le domaine des bonnes mœurs, il faut toujours garder à l'esprit que l'essentiel de l'inculcation des "bonnes mœurs", c'est à dire, en pratique, des mœurs définies comme bonnes par les couches dominantes, aux couches dominées, à l'intérieur du processus global de "civilisation des mœurs" décrit par Norbert

1. Voir sur ce point Guyader (J.), "Les bonnes mœurs du clergé au XVè siècle", *infra*.

Elias[2], s'est opéré historiquement par d'autres vecteurs que le droit : l'hygiène sociale, l'école, l'usine, l'habitat..., et a fait appel à d'autres acteurs que la justice : les pédagogues, les médecins, les urbanistes, les "philanthropes", les travailleurs sociaux...[3].

Le droit, en effet, n'est qu'un instrument très imparfait de normalisation des conduites et des comportements, comme le rappelait Michel Foucault dans *La volonté de savoir* à propos d'une question qui touche de près à celle qui nous occupe ici : la sexualité[4]. Fonctionnant selon une logique de l'interdit : affirmer que ça n'est pas permis, et de la censure : empêcher que ça soit dit, le droit, discours normatif et prescriptif, est "hors d'état de rien produire", à l'opposé des méthodes "disciplinaires" qui s'assignent pour objectif de faire entrer de force les comportements dans un modèle préétabli[5].

Dans ces limites, le droit n'en a pas moins un rôle à jouer dans la censure des mauvaises mœurs. D'abord parce que dans un Etat de droit l'interdit et la répression doivent se couler, au moins formellement, dans le moule du droit qui seul les légitime, passer par les instances respectivement habilitées à énoncer la norme d'une part, sanctionner sa violation de l'autre : c'est sur le droit, de fait, que prennent appui les instances de censure, qu'elles soient administratives, judiciaires, ou encore religieuses lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit canon. Ensuite parce que la force du droit ne réside pas seulement dans le caractère impératif de ses prescriptions, mais tout autant dans sa capacité à imposer comme objective, évidente, incontestable l'image de l'ordre social qu'il dessine, laquelle incite à se conformer aux normes qu'il édicte avant et indépendamment de tout usage ou menace d'usage de la force[6]. Inscrire sous

---

2. La société de cour, montre Elias, née de la "curialisation des guerriers", est la pépinière des nouveaux modes de comportement fondés sur l'autocontrainte, la répression de l'émotivité, le conditionnement uniforme des conduites, qui se diffusent progressivement dans l'ensemble de la société. Et même si les couches inférieures citadines et rurales continuent à céder plus facilement à leurs émotions et à leurs pulsions, si leurs comportements sont moins rigoureusement réglés que ceux des couches supérieures correspondantes, le contraste va en s'atténuant. Pour Elias, cependant, ce n'est pas là un effet d'une volonté délibérée ou d'un effort d'inculcation unilatérale, mais une conséquence, par une sorte d'ajustement mécanique, des transformations de l'existence sociale et de l'interdépendance croissante entre les différents segments et couches de la société. Voir *La dynamique de l'occident*, trad. fr. Calmann-Lévy, 1975, rééd. Presses Pocket, p. 207 et s.

3. Ces processus indirects de normalisation des mœurs ont été mis en lumière de façon particulièrement suggestive dans une série de travaux historiques et sociologiques importants. On pense notamment aux travaux réalisés sous l'égide du CERFI dans les années 70 : "Le petit travailleur infatigable", *Recherches* n° 25/1976, par Lion Murard et Patrick Zylberman ; "Disciplines à domicile", *Recherches* n° 28/1977, par Isaac Joseph et Philippe Fritsch ; "L'haleine des faubourgs", *Recherches* n° 29/1977, sous la direction de Lion Murard et Patrick Silberman. Voir aussi Donzelot (J.), *La police des familles*, Ed. de Minuit, 1977.

4. Gallimard, 1976, p. 109 et s.

5. On renvoie sur ce point à *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

6. Sur les ressorts de l'efficacité du discours juridique, voir Loschak (D.), "Le droit, discours de pouvoir", *Itinéraires. Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. 429-444, et *id.* "Droit, normalité, normalisation", in *Le droit en procès*, CURAPP-PUF, 1983, pp. 51-78

une forme ou sous une autre dans la loi l'obligation de respecter les bonnes mœurs, c'est donc, sinon donner force de loi à une impossible définition des bonnes mœurs, du moins faire admettre comme postulat nécessaire qu'il y a des bonnes mœurs et donc des mauvaises mœurs, et contribuer à dissimuler derrière ce postulat de nécessité, qui renvoie implicitement à la nature des choses, l'arbitraire et le caractère socialement déterminé de la frontière tracée entre les unes et les autres.

Car, comme le relèvent François Ost et Michel van de Kerchove, l'analyse de la pratique répressive des tribunaux atteste que, en dépit d'un discours officiel qui nie tout effet de différenciation sociale, c'est bien "*la morale, les goûts et les modes de vie de l'élite culturelle dominants qui servent d'étalon des bonnes mœurs*"[7].

Pour mettre en lumière la façon dont le droit est utilisé comme instrument de censure des mauvaises mœurs on fera dans un premier temps un inventaire - non exhaustif -, à partir du droit positif actuel, des occurrences des mots "bonnes mœurs" et de ceux qui, tels la "moralité", leur sont sémantiquement apparentés, avant de s'interroger sur les différentes fonctions que remplit la référence aux bonnes mœurs.

### *A) La place des bonnes mœurs dans le droit positif*

On partira d'un relevé des occurrences des termes "mœurs" et "bonnes mœurs", le premier apparaissant le plus souvent comme une formulation elliptique du second ; on retiendra ensuite les occurrences des termes qu'on peut considérer en première approximation, et sous réserve des nuances que l'on apportera plus loin (*infra*, II), comme appartenant au même champ sémantique ou à un champ sémantique voisin ; enfin, on s'attachera aux hypothèses où la référence aux bonnes mœurs et à la moralité, quoique implicite, n'en est pas moins certaine.

#### *1) Les occurrences des mots "mœurs" et "bonnes mœurs"*

• La référence aux bonnes mœurs est présente dans le code civil dès l'article 6, qui dispose qu'"*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*" ; on la trouve ensuite dans le droit des successions, dans le droit des contrats, et encore à propos du contrat de mariage.

---

7. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), "Moeurs (Bonnes)" *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ et Story-Scientia, 1988, p. 251 ; *id.*, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981 ; *id.*, "L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée", *infra*.

"Art. 900 - Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.

Art. 1133 - La cause [d'un contrat] est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Art. 1172 - Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.

Art. 1387 - La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent."

• Dans le code pénal, la référence aux mœurs apparaît d'abord dans le titre de la section IV du chapitre relatif aux "crimes et délits contre les personnes", qui réprime les "attentats aux mœurs" et dans laquelle figurent : l'outrage public à la pudeur (art. 330), l'attentat à la pudeur (art. 331), le viol (art. 332), le proxénétisme (art. 334), l'excitation à la débauche et la corruption de mineurs (art. 334-2).

Elle apparaît ensuite dans un chapitre consacré aux "crimes et délits contre la paix publique", sous la forme de "l'outrage aux bonnes mœurs commis notamment par la voie de la presse et du livre", sanctionné par les articles 283 et suivants du code.

L'article 283 punit de peines correctionnelles la fabrication, la distribution, l'affichage, l'exposition, la vente [etc.] de tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films [etc.], tous objets ou images "contraires aux bonnes mœurs".

L'article 284 punit des mêmes peines "quiconque aura fait entendre publiquement des chants, cris ou discours contraires aux bonnes mœurs ; quiconque aura publiquement attiré l'attention sur une occasion de débauche ou aura publié une annonce ou une correspondance de ce genre, quels qu'en soient les termes".

Notons cependant dès à présent, en attendant d'y revenir plus loin pour les commenter (infra, III), les innovations importantes qu'apporte dans ce domaine le nouveau code pénal. La terminologie, d'abord, change : il n'est plus question d'"attentats aux mœurs", non plus que d'outrage public ni d'attentat à la pudeur, mais d'"agressions sexuelles", tandis que le proxénétisme est réprimé au titre des "atteintes à la dignité de la personne" et que les "atteintes sexuelles" commises sur les mineurs le sont au titre de la "mise en péril des mineurs". L'infraction d'outrage aux bonnes mœurs, ensuite, disparaît de la liste des délits et ne sont plus incriminées, sous d'autres dénominations, que certaines infractions mettant en cause des mineurs.

• La loi du 1er juillet 1901 sur les associations prévoit, dans son article 3 que "toute association fondés sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs [...] est nulle et de nul effet". Dans ce

cas la dissolution est prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de tout intéressé ou du ministère public.

• Aux termes de l'article 68 du code de la nationalité, "nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de *bonnes vie et mœurs*".

• L'administration peut faire opposition à l'ouverture d'un établissement privé d'enseignement pour des motifs tirés de l'atteinte à l'hygiène ou aux bonnes mœurs (enseignement primaire) ou en se fondant sur l'intérêt des bonnes mœurs ou de la santé des élèves (loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement secondaire libre). Les établissements privés, même hors contrat, subissent un contrôle de l'Etat qui porte entre autre sur le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs (décret du 15 mars 1961 pris pour l'application de la loi du 31 décembre 1959).

• On constate par ailleurs que, de façon assez générale, le fait d'avoir subi une condamnation pour des comportements contraires aux bonnes mœurs emporte une série de conséquences spécifiques :

- ainsi, par exemple, les lois d'amnistie contiennent traditionnellement un article qui exclut de leur champ d'application les condamnations disciplinaires ou professionnelles prononcées pour des faits constituant des "manquements à l'honneur, à la probité et aux *bonnes mœurs*" ;

- les différentes lois régissant l'enseignement privé à tous les degrés posent comme condition pour ouvrir ou diriger un établissement de n'avoir pas subi de "condamnation pour crime ou délit contraire à la probité ou aux *mœurs*" ;

- la loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse interdit aux personnes condamnées [entre autres] pour actes contraires aux bonnes mœurs de faire partie du comité de direction des entreprises éditrices de publications pour la jeunesse.

*2) Les occurrences des termes sémantiquement voisins*

On trouve d'abord tous les termes dérivés du radical "moral" : morale, moralité, bonne moralité, moralité publique, démoralisation. Il faut aussi mentionner les occurrences de termes qui sont soit plus précis, comme licence ou pornographie, soit au contraire plus englobants, tels l'indignité.

a) la morale et ses dérivés

- la moralité :

• Le code civil impose aux parents de veiller sur la moralité de leur enfant, tandis que le code pénal punit ceux qui compromettent gravement cette moralité.

"Art. 371-2 - L'autorité [parentale] appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa *moralité*.

Art. 375 - Si la santé, la sécurité ou la *moralité* d'un mineur [...] sont en danger [...], des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice.

Art. 378-1 - Peuvent être déchus de l'autorité parentale [...] les père et mère qui, soit par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou de délinquance, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la *moralité* de l'enfant."

L'article 357-1 du code pénal, de son côté, considère comme coupables d'abandon de famille le père ou la mère qui compromettent gravement, par des mauvais traitements, des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle (etc...) "soit la santé, soit la sécurité, soit la *moralité* de leurs enfants".

• La moralité figurait également, traditionnellement, parmi les conditions d'accès à la fonction publique : "Nul ne peut être nommé à un emploi public [...] s'il ne jouit de ses droits civiques et s'il n'est de *bonne moralité*", énonçait l'article 16 de l'ordonnance de 1959. La référence à la moralité a été supprimée par la loi du 13 juillet 1983 qui dispose désormais simplement, dans son article 5 : "Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] s'il ne jouit de ses droits civiques".

• L'exercice des professions dont l'accès est réglementé est souvent subordonné à une condition de moralité.

"L'ordre des médecins veille au maintien des principes de *moralité*, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine", dispose l'ordonnance du 24 septembre 1945 dans son art. 19, tandis que le décret du 20 octobre 1984 relatif au fonctionnement de l'ordre des médecins en tire les conséquences en précisant que l'ordre "refuse l'inscription si le demandeur ne remplit pas les conditions de *moralité*" (art. 2).

S'agissant des commissaires aux comptes, le décret du 12 août 1969 qui les régit prévoit que "nul ne peut être inscrit sur la liste des commissaires aux comptes ... s'il ne présente pas les garanties de *moralité* et d'aptitude professionnelle jugées suffisantes par la commission d'inscription".

Des dispositions analogues figurent dans les textes régissant d'autres professions.

- la morale :

Les établissements libres d'enseignement supérieur sont soumis à la surveillance de l'Etat qui vérifie si l'enseignement n'est pas contraire "*à la morale*, à la Constitution et aux lois" (loi du 18 mars 1880).

- la moralité publique :

L'article 62 du code des débits de boissons prévoit que la fermeture des débits de boissons et des restaurants peut être ordonnée "en vue de préserver l'ordre public, la santé ou la *moralité publique*".

- la démoralisation :

La loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse prévoit que celles-ci ne doivent comporter aucun élément "présentant sous un jour

favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à *démoraliser* l'enfance ou la jeunesse ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques".

b) la licence et la pornographie

L'article 14 de cette même loi permet de plus d'interdire à la vente aux mineurs, l'exposition au public, ou la publicité en faveur des publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse "en raison notamment de leur caractère *licencieux ou pornographique*".

L'article 12 de la loi du 30 décembre 1975 et le décret du 6 janvier 1976 prévoient un régime spécial pour les films "*à caractère pornographique*", tandis que les services télématiques "*à caractère pornographique*" sont soumis depuis 1989 à une taxe spéciale sur le chiffre d'affaires.

c) l'indignité

En matière d'acquisition de la nationalité française, alors que les bonnes mœurs sont une condition de l'acquisition par naturalisation, c'est l'indignité qui fait obstacle à l'acquisition par déclaration, laquelle concerne notamment l'étranger marié avec un(e) Français(e). Aux termes de l'article 39 du code de la nationalité, le gouvernement peut s'opposer à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint pour indignité ou défaut d'assimilation. L'indignité, qui résulte d'un comportement ou d'activités considérés comme répréhensibles ayant ou non donné lieu à des condamnations pénales, est une notion plus large que la notion de bonnes mœurs, et même que la notion de moralité ; mais elle les inclut, comme l'atteste, par exemple, le fait que le Conseil d'Etat ait admis la légalité d'un décret d'opposition dans un cas où la postulante se livrait à la prostitution.

On passe ainsi imperceptiblement d'une référence explicite à une référence implicite aux bonnes mœurs ou à la moralité.

*3) Les références implicites aux bonnes mœurs ou à la moralité*

Dans plusieurs cas - que nous ne prétendons pas non plus inventorier ici de façon exhaustive - la jurisprudence entérine les pratiques administratives visant à réprimer ou prévenir les atteintes aux bonnes mœurs bien qu'elles ne se fondent sur aucune disposition explicite de la législation, ce qui revient à admettre que les bonnes mœurs ou la moralité sont sous-entendues dans les textes dont il est fait application.

Ainsi, l'ordonnance du 3 juillet 1945 portant article 19 du code de l'industrie cinématographique subordonne l'exploitation des films à un visa ministériel préalable. Bien que les motifs d'un refus de visa n'y soient pas énoncés, l'exposé des motifs de l'ordonnance insiste sur le fait que l'obtention d'un visa officiel a principalement pour objet d'empêcher l'exploitation de films

contraires au respect des bonnes mœurs ou susceptibles de troubler l'ordre public. Et c'est bien ainsi que la commission de contrôle a interprété son rôle, puisque l'atteinte aux mœurs et la protection de la jeunesse constituaient jusqu'à une période récente le motif d'interdiction partielle ou totale le plus fréquemment invoqué. Cette interprétation est confirmée par le Conseil d'État pour qui l'ordonnance "a pour objet de permettre que soit interdite la projection des films contraires aux bonnes mœurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique"[8].

De même, mais ici sur la base d'un raisonnement beaucoup plus contestable[9], le juge administratif admet depuis 1958 qu'une publication étrangère peut être interdite par le ministre de l'Intérieur, sur le fondement du décret du 6 mai 1939, parce qu'elle est contraire aux bonnes mœurs (voir ci-après, B-2)[10].

Enfin, si la question de savoir si la protection de la moralité publique, au-delà de la fameuse trilogie "sécurité - salubrité - tranquillité publiques", est un but légitime de la police administrative générale a toujours été controversée, comme on aura l'occasion de le redire plus loin, la jurisprudence n'en admet pas moins, dans un certain nombre d'hypothèses, que l'autorité de police peut intervenir pour prévenir ou faire cesser les agissements publics considérés comme contraires aux bonnes mœurs et susceptibles pour cette raison de heurter les sentiments de l'opinion publique moyenne.

### *B) La fonction des bonnes mœurs*

Cet inventaire non exhaustif mais néanmoins représentatif permet de constater que la référence aux bonnes mœurs et aux notions voisines intervient dans des contextes assez différents les uns des autres, où elles remplissent des fonctions différentes. On peut distinguer deux types de situations principales. Dans certains cas, ce sont les mœurs ou la moralité d'une personne déterminée qui sont prises en compte, comme condition de son appartenance à un groupe social, l'immoralité étant corrélativement passible de sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion du groupe. Dans d'autres cas, il s'agit, par différents dispositifs de censure ou de répression, d'empêcher la diffusion d'objets

---

8. C.E. 18 décembre 1959, *Sté "Les Films Lutetia"*, S. 1960 p. 94, concl. Mayras.

9. Le juge a donné en effet aux dispositions du décret du 6 mai 1939 une extension qu'on peut juger abusive, car dépassant l'intention initiale de ses auteurs. L'exposé des motifs du décret indiquait en effet qu'il avait pour but, dans le contexte troublé de l'époque, de faciliter la lutte "contre les propagandes subversives menées en France par la voie de la presse étrangère" et de remédier aux insuffisances de la législation "dans un but d'ordre public et de défense nationale". Il était donc pour le moins contestable d'accepter qu'un texte fondé sur des considérations de sécurité soit détourné de son objectif pour protéger la moralité publique.

10. C.E. 19 février 1958, *Sté Les Editions de la Terre de Feu*, R. p. 114 : le motif tiré du caractère contraire aux bonnes mœurs de *Sexus* sur lequel s'est fondé le ministre de l'Intérieur est de ceux qui pouvaient légalement justifier une interdiction. Voir aussi C.E. 17 décembre 1958, *Sté Olympia Press*, *D.* 1959.174, concl. Braibant.

contraires aux bonnes mœurs, et plus généralement d'empêcher que ne se produisent ou que perdurent des situations considérées comme immorales, cela en vue de protéger soit des victimes déterminées et relativement particularisées - essentiellement, la jeunesse -, soit, de façon plus générale, de défendre la "moralité publique".

*1) Les bonnes mœurs, condition d'appartenance à une collectivité*

Toute institution, toute corporation, dès lors qu'elle a les moyens de filtrer l'entrée des individus en son sein, s'efforce de contrôler la moralité de ses membres.

a) L'Eglise

Au Moyen-Age, le droit canonique exigeait des clercs qu'ils aient de bonnes mœurs, et notamment qu'ils ne se livrent ni à la simonie (vente et achat des dignités ecclésiastiques et des sacrements), ni à l'incontinence. Dans les statuts établis par l'archevêque de Toulouse pour son diocèse en 1452, on trouve des prescriptions concernant la tenue morale exigée des clercs - obligation du célibat, de se vêtir convenablement, de ne pas porter la barbe, de ne pas s'enivrer, de ne pas porter d'armes - tandis que d'autres les obligent à respecter les biens d'église et à se tenir à l'écart des affaires séculières[11].

Aujourd'hui encore, aux termes du code de droit canonique de 1983, l'Eglise doit s'assurer que les dépositaires de l'autorité cléricale sont moralement irréprochables, qu'ils ont des mœurs intègres. Les fidèles laïcs députés au conseil pastoral doivent être également remarquables pour leur foi solide, leurs bonnes mœurs et leur prudence. Des sanctions sont prévues contre ceux qui transgressent les bonnes mœurs : "sera punie d'une juste peine la personne qui, dans un spectacle ou une assemblée publique ou dans un écrit répandu dans le public... blesse gravement les bonnes mœurs, par exemple en répandant des doctrines ou en réalisant des actes gravement immoraux"[12].

b) La bureaucratie étatique

En vue de garantir au sein de l'administration publique le règne des bonnes mœurs, dans l'acception la plus large du terme, qui inclut à la fois le rapport au sexe et à l'argent[13], l'honneur, l'intégrité, le désintéressement, on ne doit admettre dans la fonction publique que des personnes d'une moralité à toute épreuve.

---

11. Voir Guyader (J.), *infra*.

12. *ibid.*

13. Il n'y a et ne doit y avoir "aucune trace de saleté dans la bureaucratie". *"Mythologiquement, l'Etat est le garant et du pouvoir absolu, et de la pureté virginale, celle-ci s'inscrivant comme antithèse du sale argent"* écrit Pierre Legendre dans *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Ed. de Minuit, 1976, p. 138.

Max Weber insiste sur cette caractéristique de la fonction publique moderne, qui exige un corps de travailleurs hautement qualifiés *"et animés par un honneur corporatif très développé sur le chapitre de l'intégrité"*[14]. *"Le véritable fonctionnaire... doit administrer avant tout de façon non partisane... L'honneur du fonctionnaire consiste dans son habileté à exécuter consciencieusement un ordre sous la responsabilité de l'autorité supérieure... Sans cette discipline morale, dans le sens le plus élevé du terme, et sans cette abnégation, tout l'appareil s'écroulerait"*[15].

De fait, on exige plus du fonctionnaire que du simple particulier : un acte qui serait simplement répréhensible de la part d'un individu quelconque peut, dès lors qu'il compromet gravement le service public, être imputé au fonctionnaire comme une sorte de trahison des intérêts dont il a la charge[16].

Les obligations qui pèsent sur lui dépassent par ailleurs le cadre strict de ses fonctions. Comme l'expliquait Laband[17], si le fonctionnaire doit se comporter en dehors même de son activité professionnelle *"selon les exigences de l'honneur et des bonnes mœurs"*, et s'il ne doit pas mener un train de vie qui compromette sa dignité et sa respectabilité, c'est parce qu'il dispose des prérogatives de l'Etat et qu'il est revêtu du droit de représenter celui-ci. *"Car le peuple est inhabile à concevoir la distinction abstraite du fonctionnaire en tant que représentant de l'Etat et du fonctionnaire en tant que particulier. Il voit dans le fonctionnaire la personne totale. Il lui refuse son tribut d'estime dans l'exercice même de ses fonctions s'il n'en conçoit pas pour sa vie privée. Il pose tout naturellement en principe que le fonctionnaire ne dépense pas à remplir ses devoirs professionnels plus de gravité morale, plus de sérieux, de zèle et de conscience qu'il n'en manifeste dans son existence extérieure [...]. C'est pourquoi l'Etat exige avec raison de ses fonctionnaires qu'ils satisfassent aux exigences de l'honneur et des bonnes mœurs, non seulement dans l'exercice de leur emploi mais dans tous leurs actes... D'où il suit qu'un fonctionnaire peut violer ses devoirs par son inconduite privée même s'il satisfait impeccablement à sa tâche professionnelle"*.

La jurisprudence contemporaine confirme l'actualité de ces principes. On peut citer à cet égard un arrêt particulièrement explicite de la Cour disciplinaire fédérale du 7 février 1958. Il était reproché au fonctionnaire de ne pas

---

14. Dans "La vocation d'homme politique", *Le savant et le politique*, trad. fr. Plon, 1959, p. 129.

15. *"L'Etat et sa bureaucratie ne contiennent que des appelés, des nommés, des serviteurs ayant la vocation du service public, écrit dans le même sens Pierre Legendre. Un fonctionnaire n'a pas figure humaine..., il est une espèce de saint, reflet de la Sainte-image du pouvoir invisible. Le fonctionnaire donne corps au pouvoir, mais en tant qu'humain lui-même ne convoite rien, il ne sait pas s'il a un désir"* (ibid. p. 132).

16. Savoye (J.), "La notion de "manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs"", *Dalloz-Sirey*, 1968, chr. XVIII.

17. Voir par exemple *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. fr. 1901, cité par Fougère (L.), *La fonction publique. Etudes et choix de textes commentés*, Instit. inter. des sc. adm., 1966, p. 310 et s.

avoir pris des mesures énergiques pour mettre fin à la conduite immorale de son épouse et de ne pas avoir surveillé ses enfants mineurs, conformément à l'obligation qui pèse sur chaque fonctionnaire de ne pas tolérer la conduite immorale d'un membre de sa famille faisant partie de son ménage. Cette obligation traditionnelle conserve toute sa valeur, observe la Cour, et elle est rappelée par l'article 54 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux, aux termes duquel la conduite d'un fonctionnaire à la fois pendant les heures de service et en dehors de celles-ci doit être de nature à lui valoir la considération et la confiance que requièrent ses fonctions. Dès lors que le comportement scandaleux ou immoral de l'épouse porte atteinte à la réputation de l'époux et réciproquement, l'époux, lorsqu'il est fonctionnaire, se rend coupable, d'une faute de service s'il tolère un tel comportement de la part de son épouse[18].

Si l'on ne trouve pas de formulation aussi explicite d'une telle obligation dans les textes et la jurisprudence en France, le principe n'en existe pas moins. Il implique un contrôle de la moralité des candidats à l'entrée de la fonction publique et entraîne pour le fonctionnaire une série d'obligations jusque dans sa vie privée.

Le premier statut des fonctionnaires, édicté sous Vichy, prévoyait que le candidat fonctionnaire devait "présenter des garanties de moralité et de bonne tenue". Le statut général de 1946, comme plus tard celui de 1959, imposaient pour entrer dans la fonction publique une condition de "bonne moralité". Sur le fondement de cette règle, et sur la base notamment d'enquêtes de police dites, précisément, "de moralité" - qui en pratique portaient également sur l'engagement politique de l'intéressé -, l'administration pouvait écarter les candidats qui, par leur attitude scandaleuse ou leur inconduite notoire, ou en raison de relations compromettantes ou de manquements à l'honnêteté, ne présentaient pas les garanties qu'on pouvait en attendre.

La condition de bonne moralité a certes disparu des textes à la faveur de la réforme du statut en 1983. Reste qu'un individu peut encore être écarté de la fonction publique si, comme le prévoit la loi du 13 juillet 1983 dans son article 5, il a fait l'objet de condamnations pénales pour des faits "incompatibles avec l'exercice des fonctions", y compris, peut-on penser, parce qu'elles mettraient en cause sa moralité. Même en l'absence de condamnation pénale, l'administration pourrait refuser à un candidat le droit de concourir en se fondant sur certains aspects de son comportement antérieur (révélés, par exemple, par une enquête de police, puisque les modifications législatives n'ont pas entraîné la disparition de cette pratique). Une jurisprudence ancienne et constante reconnaît en effet à l'administration cette faculté lorsqu'un candidat ne présente pas les garanties suffisantes, notamment de moralité, pour exercer les fonctions auxquelles il postule ; et bien que le juge n'ait pas eu à notre connaissance à se prononcer sur ce point depuis la modification des textes, il y a tout lieu de penser qu'il admettrait encore l'exclusion d'un candidat fondée sur des faits mettant gravement en cause sa "moralité" et donc sa capacité à ser-

18. Cité par Fougère (L.), *op. cit.*

vir l'Etat, à cette réserve près que les exigences contenues dans cette notion ne sont plus interprétées aujourd'hui aussi strictement qu'elles l'étaient hier.

Une fois en service, on considère que le fonctionnaire est soumis, jusque dans sa vie privée, à une obligation de moralité et de dignité, sous peine de sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à la révocation. L'article 5 de la loi du 14 septembre 1941 disposait que "le fonctionnaire doit dans sa vie privée éviter tout ce qui serait de nature à compromettre la dignité de la fonction publique". La disposition a disparu, mais le principe, qui existait bien antérieurement, lui, reste valable. Le comportement du fonctionnaire ne doit pas être un objet de scandale, il ne doit pas porter la déconsidération sur le corps auquel il appartient. Une jurisprudence abondante, bien que tendant à se tarir, a par exemple admis qu'étaient susceptibles de justifier une sanction disciplinaire, voire une révocation, le fait pour un gardien de la paix de s'être fait remarquer par des relations ou des fréquentations douteuses, les habitudes d'intempérance d'un instituteur, le fait pour un fonctionnaire de se donner en spectacle dans un cabaret de nuit, le fait pour un professeur d'avoir publié un livre immoral, ou pour une institutrice d'avoir eu "une conduite légère".

Certains corps sont astreints à des obligations plus strictes. Ainsi, l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature dispose que "tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire", et le Conseil d'Etat a admis la légalité de la révocation d'un magistrat dont le comportement dans sa vie privée témoignait "d'une absence totale de dignité, incompatible avec la qualité de magistrat".

Quant aux instituteurs, le *Livre des instituteurs*, dit aussi *Code Soleil*[19], qui synthétise à leur intention les différents aspects de la réglementation applicable dans les écoles, leur rappelait traditionnellement les devoirs spécifiques qui s'imposent aux maîtres. Il contenait jusqu'en 1978 une partie intitulée "Morale professionnelle", correspondant au programme du concours d'entrée dans les Ecoles normales, dont un chapitre entier était consacré à la vie privée de l'instituteur, et où l'on pouvait notamment lire ceci :

*«L'éducateur doit être irréprochable, dans sa tenue et dans sa conduite privée. Il est bien évident que celui qui a accepté la mission d'éducateur doit mettre sa conduite en harmonie avec son enseignement [...] Il dépend du maître que la vie de l'école soit une école de moralité. [...] Que l'instituteur donne à ses élèves le salutaire exemple de la dignité de sa vie : sa leçon de morale sera d'une portée plus haute que s'il se borne à multiplier les*

19. Du nom de son initiateur, sous-chef de bureau au ministère de l'Education nationale. Par la suite, le *Code Soleil* a été rédigé par un groupe de fonctionnaires liés au milieu syndical et diffusé par les canaux du Syndicat national des instituteurs, ce qui atteste que les membres de la profession reprenaient à leur compte les exigences de la morale professionnelle qui y sont rappelées.

*harangues. l'exemple est l'argument le plus efficace quand il vient d'un homme qui mérite la confiance qu'on lui accorde. L'instituteur a donc l'obligation de se montrer particulièrement sévère pour lui-même. Placé dans une situation difficile, sous le regard de tous, il ne peut oublier un seul instant que ses faits et gestes - son langage, ses relations, sa conduite - sont soumis au contrôle public, et qu'il est impossible que toute sa vie privée ne soit pas l'illustration de la leçon de morale ou de civisme qu'il donne à l'école. [...] La leçon de morale ou de civisme doit imprégner toute la vie scolaire ; elle trouve sa place dans toutes les matières du programme et même au-delà, dans le comportement, les attitudes, la conduite du maître"*[20].

c) Les corporations privées

On a cité plus haut les textes qui subordonnent l'accès à certaines professions à une condition de moralité. On peut également rappeler, dans le même sens, que les lois d'amnistie excluent systématiquement de leur champ d'application les sanctions professionnelles ou disciplinaires prononcées pour des faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur. Comme cette réserve n'existe pas pour l'amnistie des sanctions pénales, cela signifie que l'homme en tant qu'exerçant une profession est traité plus sévèrement par le législateur qu'en tant que citoyen[21] et confirme que les corporations - publiques ou privées, en l'occurrence, puisque les mêmes restrictions s'appliquent aux sanctions prononcées à l'encontre des fonctionnaires - exigent de leurs membres une moralité plus rigoureuse que celle qui est exigée du commun des mortels.

d) La collectivité nationale

A défaut de pouvoir rejeter hors de la collectivité nationale les Français qui ont de mauvaises mœurs, du moins s'efforce-t-on de n'admettre en son sein les personnes de nationalité étrangères que si elles en sont dignes. C'est ainsi, on l'a vu, que "nul ne peut être naturalisé s'il n'est de bonnes vie et mœurs", et que l'indignité est un motif d'opposition à l'acquisition de la nationalité française par déclaration. L'indignité est le plus souvent invoquée pour des délits de droit commun, ou des activités politiques jugées contraires aux intérêts de la France, mais elle peut aussi résulter de faits mettant en cause les "mœurs" ou la moralité de l'intéressé[22]. En pratique, les deux notions aboutissent à des conséquences voisines en ce qui concerne les motifs d'exclusion de la nationalité française.

---

20. *Code Soleil. Le livre des instituteurs*, 48è éd., Sudel, 1978. L'épreuve de "morale professionnelle" - on ne saurait s'en étonner - n'a pas survécu aux événements de 1968, et les développements qui lui étaient consacrés ont fini par disparaître du *Code Soleil* à partir de l'édition 1980.

21. Voir Savoye (J.), "La notion de "manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs"", précité.

22. Ont par exemple été considérés par le juge comme constitutifs de l'indignité : une condamnation à six mois d'emprisonnement pour usage de faux documents administratifs ; l'utilisation d'un faux permis de conduire étranger pour obtenir la délivrance d'un permis

*2) La censure des objets, situations et comportements contraires aux bonnes mœurs ou immoraux*

On entend ici censure au sens large, incluant, au-delà de la censure proprement dite, c'est à dire du contrôle *a priori* des écrits ou images, l'ensemble des mesures préventives ou répressives visant à empêcher des situations immorales de se produire ou de se perpétuer.

Les atteintes aux bonnes mœurs sont réprimées par le juge pénal, qui prononce des peines, et sanctionnées par le juge civil, amené le cas échéant à constater la nullité d'un contrat ou à prononcer la dissolution d'une association. Elles sont prévenues par différentes autorités de police spéciale - police de la presse, police du cinéma - ainsi que par l'autorité de police générale qui doit assurer le maintien de l'ordre, y compris la moralité publique.

Si l'on met à part la répression des attentats aux mœurs, qui incluent notamment l'outrage public à la pudeur, l'attentat à la pudeur, le viol, on constate que les différentes mesures préventives ou répressives ont toutes pour but de protéger non pas des individus mais soit la collectivité dans son ensemble - le "public" -, soit une certaine fraction de ce public, principalement les mineurs.

Laissant pour l'instant de côté l'application des dispositions du code pénal et du code civil[23], on s'attachera essentiellement ici à décrire les mécanismes préventifs, moins visibles parce que épars dans la législation, voire non explicitement prévus par les textes, par lesquels l'administration exerce sa mission de gardien des bonnes mœurs.

La défense de la moralité ou des bonnes mœurs est un objectif explicitement assigné à certaines polices spéciales : elle se concrétise généralement par des dispositifs de censure préalable, au sens strict du terme. Sur une base juridique plus incertaine, les autorités de police générale, et notamment le maire dans le cadre de la commune, sont elles aussi amenées à prendre des mesures visant à prévenir les troubles à l'ordre public qui pourraient résulter de la diffusion d'objets ou de l'existence de situations contraires aux bonnes mœurs.

---

(suite note 22) de conduire français ; des infractions à la législation sur les stupéfiants ; un homicide involontaire en état d'ivresse ; un vol à l'étalage ; une condamnation pour violence habituelle sur son propre fils ; des coups portés volontairement à un enfant de moins de 15 ans et ayant entraîné des blessures ; des mauvais renseignements recueillis sur l'intéressé ; une fausse déclaration, etc...

23. Sur ces aspects de la législation et les problèmes que soulève leur application, voir *infra*, II-A, ainsi que les contributions de Danièle Mayer et d'Edith Géraud dans ce même volume.

a) Les dispositifs de censure[24]

- Le cinéma :

Le cinéma relève depuis 1916 d'un régime de censure ministérielle. Le décret du 25 juillet 1919 prévoyait un visa du ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts, délivré après avis d'une commission spéciale, préalablement à toute projection ; l'ordonnance du 3 juillet 1945 a conservé le principe d'un visa ministériel préalable à la représentation d'une œuvre cinématographique, délivré par le ministre de la culture après avis d'une commission consultative de contrôle. Le régime a été refondu récemment dans un sens libéral par le décret du 25 février 1990 : la commission, dénommée commission de classification des œuvres cinématographiques, donne au ministre chargé de la Culture un avis au vu duquel il prend une décision de classification : visa autorisant l'exploitation du film pour tous publics, interdiction aux mineurs de douze ans, interdiction aux mineurs de seize ans, ou interdiction totale[25].

Dans ce contexte de contrôle *a priori*, l'atteinte aux bonnes mœurs, on l'a vu plus haut, constitue non seulement un motif valable pour interdire l'exploitation d'un film ou imposer des coupures, mais encore le motif le plus fréquemment invoqué par la commission et le ministre, la protection de la jeunesse justifiant de son côté des interdictions aux mineurs.

Il faut également rappeler le dispositif institué par la loi du 31 décembre 1975 portant loi de finances pour 1976, visant les films "à caractère pornographique ou d'incitation à la violence", plus couramment dénommés "films X", dont la finalité est sans ambiguïté.

- La censure sur les écrits[26] :

S'il n'existe pas de censure générale sur les écrits, soumis, conformément aux principes qui gouvernent la liberté de la presse et plus généralement la liberté d'expression, à un régime répressif, on trouve néanmoins dans la législation deux types de dispositions qui, sous couvert de protéger la jeunesse d'une part, de contrôler les publications étrangères d'autre part, permettent en pratique d'exercer une censure a priori sur les publications circulant en France.

La loi du 16 juillet 1949, qui institue un régime spécial pour les publications destinées à la jeunesse, instaure un contrôle sur ces publications, qui ne peuvent présenter "sous un jour favorable le banditisme, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche, ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse" ou encore de nature à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques.

---

24. Pour une description plus détaillée et plus systématique de l'ensemble des procédures que nous évoquons ici, voir Derieux (E.), *Droit de la communication*, LGDJ, 1991, ainsi que les fascicules 267 et 270 du *Jurisclasseur administratif*.

25. Sur l'évolution récente du dispositif, voir *infra*, III-B.

26. Voir Séché (J.-C.), "La protection de la moralité dans le régime de la presse", *JCP* 1964.I.1849.

Cette même loi contient par ailleurs un article 14, de portée beaucoup plus large, puisqu'il habilite le ministre de l'Intérieur à interdire "de proposer, de donner ou de vendre à des mineurs de 18 ans les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique ou de la place faite au crime ou à la violence" - à quoi s'ajoute, depuis la loi du 31 décembre 1987, la place faite à la discrimination et à la haine raciale ainsi qu'à l'incitation à la toxicomanie -, et cela sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces publications sont ou non principalement destinées aux enfants et aux adolescents : en pratique, cette disposition permet, sous couvert de protéger la jeunesse, d'exercer un contrôle sur les publications destinées aux adultes[27].

Un contrôle est également exercé sur les publications étrangères ou réputées telles, en vertu du décret du 6 mai 1939 (article 14 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse). Il permet au ministre de l'Intérieur d'interdire la circulation, la distribution ou la mise en vente en France de journaux ou écrits périodiques rédigés en langue étrangère ou en langue française s'ils sont de provenance étrangère ; et une jurisprudence constante, quoique contestable comme on l'a montré plus haut, admet que le caractère contraire aux bonnes mœurs d'une publication étrangère est susceptible de justifier légalement une mesure d'interdiction[28].

b) La protection de la moralité au nom du maintien de l'ordre public

La question s'est constamment posée en doctrine de savoir si le maintien de l'ordre public incluait, au-delà de la trilogie classique constituée de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publique, la protection de la moralité publique, et s'il entrait dans la mission de la police générale de prévenir ou faire cesser les agissements considérés comme contraires aux bonnes mœurs. En dépit des réticences que suscite la notion de moralité publique, particulièrement délicate à appréhender de façon objective et dont la protection risque toujours de glisser vers l'imposition d'un ordre moral, l'étude de la jurisprudence incite à répondre à cette question par l'affirmative.

---

27. Le régime institué par la loi est particulièrement sévère. Le ministre peut décider : soit l'interdiction de vente aux mineurs seule, soit cette interdiction plus l'interdiction d'exposition, soit ces deux mesures plus l'interdiction de toutes formes de publicité. Lorsque trois publications éditées par le même éditeur ont été frappées au cours de douze mois consécutifs de deux des prohibitions prévues, il ne peut mettre en vente aucune publication sans un dépôt préalable au ministère de la justice et l'attente d'un délai de trois mois après ce dépôt. Par ailleurs, si un journal a fait l'objet de deux des interdictions prévues, il devra être exclu des sociétés coopératives de distribution. Enfin, ces publications sont soumises au taux de TVA majoré.

28. C.E. 19 février 1958, *Sté Les éditions de la terre de feu*, R. p. 114 ; C.E. 17 décembre 1958, *Sté Olympia Press*, *D.* 1959 p. 174, concl. Braibant. Il n'est pas simplement anecdotique de rappeler que ces deux arrêts, et d'autres encore postérieurement, ont été rendus à propos de l'interdiction d'ouvrages d'Henry Miller.

Il faut mettre à part les hypothèses où le législateur lui-même a assigné plus ou moins explicitement à l'autorité de police le soin de protéger la moralité publique : c'est le cas, on l'a vu, pour le cinéma et pour les publications destinées à la jeunesse ; c'est également le cas dans le cadre de la police des débits de boissons, dont la fermeture peut être ordonnée "en vue de préserver l'ordre public, la santé ou la moralité publiques".

En dehors de ces hypothèses, on reconnaît également aisément que l'autorité de police est fondée à intervenir dans l'hypothèse où des agissements considérés par une partie de l'opinion comme attentatoires aux bonnes mœurs seraient de nature à provoquer des désordres matériels tels que des actions de violence ou des manifestations dans la rue.

Beaucoup d'auteurs ont, dans une perspective libérale, défendu la thèse que les pouvoirs de l'autorité de police s'arrêteraient là et qu'elle ne pourrait intervenir, en l'absence de troubles matériels, simplement pour prévenir ou faire cesser le trouble des consciences résultant de faits contraires à la morale ou aux bonnes mœurs. Une thèse que faisait sienne le commissaire du gouvernement Mayras dans ses conclusions sur l'affaire Sté *"Les Films Lutetia"* : *"Si la police se définit par son but, le maintien de l'ordre public, il ne s'agit, selon l'expression d'Hauriou, que de l'ordre "matériel et extérieur". L'autorité de police ne peut prévenir les désordres moraux sans porter atteinte à la liberté de conscience, ou alors, elle tend à imposer l'ordre moral. Si donc l'atteinte à la moralité publique peut être retenue comme un motif légal d'intervention d'une mesure de police, c'est seulement à raison des troubles matériels qu'elle serait susceptible de provoquer"*[29].

A l'appui de cette thèse, on peut citer par exemple un arrêt *Bouchet* de 1944, annulant un arrêté municipal interdisant aux mineurs l'accès d'un café situé à proximité de deux écoles et motivé par le fait que sa fréquentation "développait chez les enfants la passion du jeu et les détournait de leurs études" : le juge relève que les jeux ne constituaient pas une cause de désordre. Ou encore un arrêt *de Pischof* de 1954, annulant là encore un arrêté municipal qui limitait le nombre de représentations cinématographiques chaque semaine au motif que ces spectacles constituaient un genre d'éducation néfaste et qu'ils détournaient les enfants de la fréquentation scolaire[30].

C'est guidé par la même réticence ou les mêmes scrupules que, récemment encore, le tribunal administratif de Versailles a annulé un arrêté municipal interdisant un spectacle de "lancer de nains", en relevant qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier "que le spectacle dont l'interdiction a été prononcée ait été de nature à porter atteinte au bon ordre, à la tranquillité ou à la salubrité publique... ; qu'à supposer même que ledit spectacle ait porté atteinte à la "dignité humaine" et ait revêtu un "aspect dégradant" ainsi que le soutient

29. C.E. 18 décembre 1959, *S.* 1960 p. 94, concl. Mayras.
30. C.E. 14 mai 1954, *R.* p. 269.

le maire, l'interdiction ne pouvait légalement être décidée en l'absence de circonstances locales particulières"[31].

Le ministre de l'Intérieur avait pourtant adopté la thèse inverse dans une circulaire datée du 27 novembre 1991 visant, précisément, l'organisation de tels spectacles, dans laquelle on lit : "Les principes de liberté d'expression et de liberté du commerce qui gouvernent l'organisation des spectacles trouvent leurs limites lorsque sont gravement compromis les impératifs d'ordre, de moralité et de santé publics. L'organisation de "championnats de lancers de nains" constitue une intolérable atteinte à la dignité humaine. [...] Pour ces différents motifs de moralité, d'ordre et de sécurité publics, je vous demande d'user de vos pouvoirs de police pour prescrire aux maires une grande vigilance à l'égard des spectacles de curiosité organisés dans leur commune ; l'interdiction des "lancers de nains" devra notamment se fonder sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme [qui prohibe les traitements inhumains et dégradants]"[32].

Cette contradiction - ou à tout le moins cette hésitation - traverse toute la jurisprudence. Car la position minimaliste n'a pas été retenue avec cohérence et constance, et des arrêts aussi nombreux attestent que la protection de la moralité publique fait bien partie, aux yeux du juge, des missions de la police administrative. Déjà, dans un arrêt de 1924, *Club indépendant sportif chalonnais*, le juge avait admis la légalité d'un arrêté municipal interdisant les combats de boxe dans la commune, estimant qu'en se fondant notamment sur "le caractère brutal et parfois sauvage" de ces combats qu'il regardait comme "contraires à l'hygiène morale", le maire ne s'était pas fondé sur des motifs étrangers à l'ordre public[33].

Le commissaire du gouvernement avait conclu en sens inverse, estimant qu'en l'occurrence le maire n'avait pas eu pour préoccupation d'éviter un trouble porté au bon ordre, à la tranquillité, à la sécurité publique, ni de prohiber des exhibitions de nature à nuire à la décence publique, mais que simplement il réprouvait le combat de boxe en lui-même et en redoutait les conséquences pour ceux qui s'y livrent. En faisant valoir que "le maire n'est pas l'arbitre des avantages physiologiques et des vertus éducatives de tel ou tel sport. Il n'est que le gardien du bon ordre, de la décence, de la tranquillité et de la moralité du public", il plaçait cependant lui aussi la moralité et la décence dans le champ de l'ordre public.

---

31. T.A. Versailles, 25 février 1992, *Sté Fun Productions*, *AJDA* 1992.525, note Vimbert, *RFDA* 1992.1026. commentaire Flauss (J.-F.) ; *Revue trimestrielle de la cour d'appel de Versailles*, n° 28-29, avril-septembre 1992, p. 41, note Cayla (O.), concl. Labarthe-Vaquier (E.). Si le jugement évacue la question de la moralité publique, le commissaire du gouvernement, lui, nie que le spectacle ait pu présenter "par son aspect dégradant, un caractère immoral susceptible dès lors de troubler l'ordre public", ce qui revient implicitement mais nécessairement à admettre que la moralité fait partie de l'ordre public.

32. L'essentiel de cette circulaire est reproduit dans le commentaire précité de Flauss (J.-F.). On relève au passage la conception englobante de l'immoralité que reflète la circulaire, qui y inclut l'atteinte à la dignité humaine.

33. S.1924.III.58, concl. Cahen-Salvador.

A une époque plus récente, le Conseil d'Etat a reconnu à l'autorité de police, compétente pour prendre toute mesure en vue de faire cesser un trouble à l'ordre public, le pouvoir "d'ordonner la fermeture de lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique et par là générateurs d'un tel trouble"[34]. Dans le même sens, on peut citer l'arrêt *Sté nationale d'éditions cinématographiques*, rendu en 1957 à propos de la décision de subordonner l'autorisation de gérance d'un kiosque sur la voie publique à la condition de ne pas vendre dans ce kiosque des publications licencieuses : cette mesure, avait fait valoir le commissaire du gouvernement, n'était pas entachée de détournement de pouvoir, "car d'après votre jurisprudence constante, la moralité publique, c'est à dire le respect des idées morales communément admises à un moment donné par la moyenne des citoyens, est un des éléments du bon ordre"[35].

C'est une analyse contraire, on l'a vu, qu'allait devait développer un autre commissaire du gouvernement deux ans plus tard, dans ses conclusions précitées sur l'affaire *Sté "Les Films Lutetia"*, mais sans convaincre le Conseil d'Etat. Celui-ci, en effet, dans cet arrêt et quelques autres, restés célèbres, a admis qu'un maire pouvait interdire dans sa commune un film dont la projection était "susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public"[36]. Cette solution, quoique très critiquée, a été confirmée par des arrêts ultérieurs, qui se sont simplement efforcés de préciser la notion de "circonstances locales" susceptibles de justifier l'interdiction d'un film immoral, et par là de limiter l'étendue des pouvoirs du maire. Bien que la jurisprudence se soit par la suite tarie, sans doute en raison de l'évolution des mœurs qui a incité les maires à adopter une attitude plus tolérante, la solution de l'arrêt *Sté "Les Films Lutetia"* n'a nullement été remise en cause, comme l'atteste le fait que des arrêts récents en aient repris le considérant de principe[37].

Au total, il apparaît que les diverses instances de censure ou de répression chargées de veiller au respect des bonnes mœurs et à la protection de la moralité trouvent bien dans le droit les notions minimales sur lesquelles elles fondent leur action. Mais le droit apparaît plus comme une habilitation générale à agir et une source de légitimation de la censure et de la répression qu'il ne donne des directives claires sur ce qu'il convient d'interdire ou de censurer, dans la mesure où les "bonnes mœurs, la "moralité", et toutes ces notions qui sont de purs standards, sont dépourvues de tout contenu conceptuellement saisissable.

---

34. C.E. 30 septembre 1960, *Jauffret*, *RDP* 1961, p. 828, note Waline.
35. C.E. 20 décembre 1957, *S.* 1958 p. 74, concl. Guldner.
36. C.E. 18 décembre 1959, *Sté "Les Films Lutetia"*, précité.
37. Voir par exemple C.E. 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence c/ Sté Gaumont Distribution*, *RFDA* 1986.439, concl. Genevois.

## *II - LES BONNES MŒURS : UNE NOTION INSAISISSABLE*

Le législateur utilise les termes "mœurs", "bonnes mœurs", "moralité"... comme si ces notions allaient de soi, alors qu'il s'agit au contraire de notions insaisissables par essence. Fuyantes, car rebelles à toute définition abstraite, elles laissent aux instances chargées d'appliquer la règle de droit un entier pouvoir d'appréciation pour leur donner un contenu et décider au cas par cas de ce qui est conforme ou contraire aux bonnes mœurs.

### *A) Des notions fuyantes*

Non seulement ces notions échappent à toute définition digne de ce nom, comme l'atteste la consultation des dictionnaires, mais on ne parvient même pas à cerner nettement leurs contours respectifs à l'intérieur d'un champ sémantique où fleurissent cent notions voisines.

#### *1) Des contours incertains*

Tant la consultation des dictionnaires que la lecture des textes juridiques attestent l'interchangeabilité relative des termes utilisés d'une part, l'impossibilité fréquente d'en individualiser le sens d'autre part : le champ sémantique des mœurs semble fonctionner essentiellement par association d'idées, rendant illusoire toute tentative de dégager des liaisons conceptuelles entre les mots qui le constituent.

a) Des notions indéfinissables

Si l'on s'attache aux définitions données par les dictionnaires, on constate qu'au lieu de permettre de saisir le sens spécifique de chaque mot, elles renvoient systématiquement à d'autres mots du même champ sémantique, de sorte qu'en se conformant aux renvois successifs d'une entrée à une autre, d'un mot à un autre, on finit par tourner en rond. Cet écueil de la circularité des définitions n'est pas propre au domaine examiné ici, mais il s'y manifeste de façon particulièrement éclatante. Feuilletons par exemple le *Grand Robert*...

**Mœurs** : 1. Habitudes (d'une société, d'un individu) relatives à la pratique du bien et du mal. > Conduite, *morale*. Bonnes, mauvaises mœurs. Contraire aux bonnes mœurs. > *Immoral*, impudique. 2. Dr. Bonnes mœurs : «ensemble des règles imposées par la *morale* et auxquelles les parties ne peuvent déroger par leurs conventions» (Capitant). 3. Absolt. Bonnes mœurs, respect et pratique des vertus. Avoir des mœurs, ne pas avoir de mœurs. > *Moralité*, principe(s).

**Moral** : 1. Littér. ou didact. Qui concerne les *mœurs*, les habitudes et surtout les règles de conduite admises et pratiquées dans une société. > *mœurs*. 3. (1370). Cour. Qui est conforme aux *mœurs*, à la morale ; qui est admis comme tel.

**[La] Morale** : 2. Ensemble des règles de conduite considérées comme valables de façon absolue. 3. Ensemble de règles de conduite découlant d'une conception de la morale. 4. (XIXe). Ensemble des habitudes et des valeurs morales (> *mœurs*), dans une société donnée.

**Moralité** : 1. Caractère moral, valeur au point de vue éthique. > Moralité d'une action, d'une attitude, d'un comportement... - Absolt. Valeur morale positive. Moralité ou immoralité d'une œuvre. 2. (Personnes). Plus cour. Attitude, conduite ou valeur morale. Faire une enquête sur la moralité de quelqu'un. Personne d'une moralité irréprochable, de haute moralité. Moralité publique, de l'ensemble des citoyens.

**Immoral** : 1. (Personnes). Qui viole les principes de la morale, agit de manière contraire à la morale, à une morale donnée. > Corrompu, dépravé, vicieux. 2. (Choses). Contraire à la morale. Existence, conduite immorale. 3. Spécialt (dans le domaine des *mœurs* sexuelles). Contraire aux "*bonnes mœurs*". > Impur, *licencieux, obscène.*

**Licence** : 3. Vieilli. Dérèglement dans les *mœurs*, dans la conduite. > Débauche. Par ext. caractère de ce qui est licencieux. Licence des *mœurs*. > Dérèglement, *immoralité, impudicité.*

**Licencieux** : 2. Vieilli ou littér. Qui manque de *pudeur*, de *décence*. Conduite, *mœurs* licencieuses. > Déréglé, désordonné, dévergondé, effronté, *immoral.* - Cochon (adj.), *obscène, pornographique.*

**Obscène** : Qui offense ouvertement la *pudeur* ; qui présente un caractère très choquant en exposant sans atténuation, avec cynisme, l'objet d'un interdit social, notamment sexuel. > dégoûtant, dégueulasse (fam.), déshonnête, gras, graveleux, grivois, grossier, immonde, *immoral, impudique*, impur, inconvenant, *indécent, licencieux*, malpropre, ordurier, *pornographique*, sale.

**Décence** : 1. Respect de ce qui touche les *bonnes mœurs*, les convenances (spécialt en matière sexuelle). 2. Vieilli. Respect des habitudes sociales, des convenances sociales (sans connotation sexuelle). 3. Mod. Discrétion, retenue dans les relations humaines, sentimentales. 4. (Dans des emplois négatifs). Correction *morale.*Respect de ce qui touche les *bonnes mœurs*, les convenances (spécialt en matière sexuelle).

**Indécence** : 1. (XVIIe). Manque de décence, caractère de ce qui est indécent > Inconvenance. - Spécialt. Caractère de ce qui blesse la *pudeur.*

**Indécent** : 1. Vieilli. Qui est contraire à la décence, à l'honnêteté, aux bienséances. 3. Mod. Qui choque la réserve socialement requise en matière sexuelle ; contraire à la décence. > Déshonnête, immodeste, impudique, impur, *obscène.* Posture, tenue indécente. Des gestes indécents. Conversation indécente. > *Licencieux*, malpropre - (Personnes). Qui a une attitude indécente, un comportement choquant en matière sexuelle.

**Pudeur** : 1. (1580). Sentiment de honte, de gêne qu'une personne éprouve à faire, à envisager ou à être témoin des choses de nature sexuelle ; disposition permanente à éprouver un tel sentiment. 2. (1614). Gêne qu'éprouve une personne devant ce que sa dignité semble lui interdire.

A la lecture du dictionnaire, on perçoit bien des glissements de sens progressifs lorsqu'on passe d'un terme à l'autre. Mais ces différences de sens se situent plus au niveau de la connotation qu'à celui de la dénotation, et leur perception relève plus d'une connaissance intuitive et empirique de la langue que d'une conceptualisation inexistante et apparemment impossible. Dans la mesure où la plupart de ces termes se retrouvent dans le corpus des textes juridiques, et ceux qui n'y figurent pas sont utilisés par le juge et par les autres instances chargées de les appliquer, cela signifie que le flou sémantique se communique au langage du droit.

b) Des notions mal différenciées

Lorsqu'on quitte les dictionnaires de langue pour se tourner vers les textes juridiques, on constate que des notions comme celles de bonnes mœurs, de moralité, voire d'indignité, ont des référents partiellement identiques au point d'être en fait plus ou moins interchangeables, et qu'à l'inverse il est fréquent que le législateur les ait si étroitement associées à d'autres qu'il devient malaisé de cerner ce que recouvrent spécifiquement les bonnes mœurs.

Ainsi, aux termes de l'article 68 du code de la nationalité, nul ne peut être naturalisé s'il n'est de *bonnes vie et mœurs*. La vérification de cette condition donne lieu, selon les textes d'application, à une enquête préfectorale sur "la moralité, la conduite et le loyalisme du postulant". Comment cerner, dans ce contexte, le contenu spécifique des bonnes mœurs, le refus de naturalisation pouvant intervenir aussi bien dans des cas de tentative de corruption de fonctionnaire, de condamnation pour faits qualifiés vol, abus de confiance, escroquerie, destruction ou dégradation d'arbres, d'infraction à la législation sur la répression de fraudes que dans des cas d'outrage à la pudeur ou d'excitation habituelle des mineurs à la débauche ? La notion ne se distingue plus guère, ici, de celle d'indignité, dont on a vu plus haut qu'elle renvoyait à des hypothèses plus ou moins similaires.

Dans le code civil, on constate que la notion de bonnes mœurs est systématiquement liée à celle d'ordre public et, fréquemment, à l'idée de conformité aux lois : la cause d'un contrat est illicite lorsqu'elle est "prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public" ; dans les donations ou testaments les conditions "contraires aux lois ou aux mœurs" sont réputées non écrites, etc... Ainsi, lorsqu'on lit les illustrations jurisprudentielles figurant sous l'article 6 du code civil qui interdit de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, ou sous l'article 1133 qui dispose que la cause d'un contrat est illicite quand elle est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, on trouve pêle-mêle des exemples qui se rapportent aussi bien : - à une conven-

tion de strip-tease ; - à une convention prévoyant l'exécution d'un tatouage puis le prélèvement du lambeau de peau tatouée ; - à la question apparemment complexe des libéralités entre concubins, qui sont illicites si elles ont pour cause la formation, la continuation, la reprise, ou la rémunération des "relations immorales"..., qu'à la nullité d'une clause de non convol ou de célibat dans un contrat de travail, d'une clause de non concurrence insérée dans un règlement de co-propriété, d'une convention qui s'apparente à la pratique des "pots de vin", etc...

De même, une association peut être dissoute si elle a un objet "illicite ou contraire aux bonnes mœurs". D'où la difficulté de faire la distinction, même à la lecture de la jurisprudence, entre ce qui est contraire aux bonnes mœurs et ce qui est simplement illicite. Ainsi, à propos de la dissolution d'une association qui s'était donné pour objet de s'entremettre entre des couples dont la femme est stérile et des "mères porteuses", le Tribunal de grande instance de Marseille, après avoir montré que les conventions passées entre les parties violaient plusieurs articles du code civil, en a déduit "que la convention dite de prêt d'utérus [...] apparaît donc contraire *à l'ordre public et aux bonnes mœurs* tels que définis par les textes en vigueur [et que] cette convention étant illicite, l'objet de l'association [...] est manifestement *illicite et contraire à l'ordre public*"[38].

Les lois d'amnistie, elles aussi, associent systématiquement "les manquements à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs". Comme le montre José Savoye[39], si ces trois notions sont bien distinctes, la jurisprudence les lie le plus souvent dans une appréciation globale. La probité, c'est l'honnêteté, le respect des biens et de la propriété d'autrui ; quant à l'honneur, concept plus vaste, il ne se limite pas au domaine matériel, il comporte tout ce qui constitue la réputation, la considération qui s'attache à l'homme soucieux de ne pas manquer à ses devoirs élémentaires. Finalement, le manquement à l'honneur englobe toutes les autres notions, y compris les bonnes mœurs.

Cette difficulté d'assigner un sens spécifique aux différents termes que le législateur associe dans une même disposition au point qu'ils finissent par former de véritables syntagmes figés, est, au même titre que les paraphrases circulaires dans les dictionnaires, l'indice du flou sémantique qui entoure ces notions.

### *2) Le flou sémantique : les mœurs et la sexualité*

Ce flou sémantique se manifeste notamment lorsqu'il s'agit d'élucider le rapport que les bonnes mœurs entretiennent avec le sexe. La question de savoir si les mœurs susceptibles d'être bonnes ou mauvaises renvoient exclusi-

38. TGI Marseille, 16 décembre 1987, *Association Alma Mater*. La décision a été confirmée sur le fond par un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 29 avril 1988 puis par la Cour de cassation le 13 décembre 1989.

39. Chronique précitée.

vement, ou principalement, à la sexualité n'est pas véritablement tranchée par les dictionnaires. Ainsi, le *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, qui distingue cinq emplois du mot "mœurs", fait référence aux mœurs sexuelles dans deux de ces emplois : "4. Ensemble des règles morales codifiées par les lois d'un pays, en particulier sur le plan sexuel : police des mœurs. - 5. Conduites individuelles, en particulier sur le plan sexuel, considérées par rapport à ces règles : Femmes de mauvaises mœurs, de mœurs légères. Une affaire, une histoire de mœurs".

Dans le *Grand Robert*, au mot "mœurs", les références à la sexualité n'apparaissent que lorsque les mœurs deviennent mauvaises : "Mœurs qui deviennent plus libres (> Libertin), se relâchent. [...] Légèreté, dérèglement, dépravation, corruption des mœurs. > Débauche. Perversion, impudicité des mœurs. Mœurs corrompues, crapuleuses, cyniques, déréglées, désordonnées, dissolues, impures, licencieuses, relâchées... Contraire aux bonnes mœurs. > Immoral, impudique. - Spécialt. Femme de mœurs faciles, légères, équivoques. Mœurs spéciales, mœurs inavouables (Homosexualité)". Au mot «immoral», la sexualité apparaît mêlée à d'autres éléments comme dans l'exemple : «Un homme, un être immoral. > Corrompu, dépravé, vicieux». Elle apparaît en tant que telle dans un des emplois distingués par le dictionnaire : «3. Spécialt (dans le domaine des mœurs sexuelles). Contraire aux "bonnes mœurs". Impur, licencieux, obscène. Un homme immoral et débauché. Dépravé, dévergondé, vicieux».

Au total, la référence aux pratiques sexuelles est inconstante ; et lorsqu'elle existe, elle est plutôt de l'ordre de la connotation, résultant du contexte dans lequel la notion est utilisée. La même ambivalence se retrouve dans l'utilisation qu'en fait le langage juridique.

Dans certains cas, les notions utilisées renvoient sans doute possible à des pratiques sexuelles. Il en est ainsi de la notion de pornographie, qui intervient dans le classement des films X et, désormais, dans la taxation du "Minitel rose". Il reste qu'en l'absence de définition donnée par le législateur - comme si, à l'instar des bonnes mœurs, la pornographie allait de soi - le Conseil d'Etat a été contraint, à l'occasion de l'examen de recours contre le classement "X" de certains films, de donner lui-même une définition du "film à caractère pornographique" et de préciser les rapports de cette notion avec la sexualité. Si les arrêts se bornent à indiquer qu'il ressort de l'instruction que tel film présente, ou exceptionnellement ne présente pas, un caractère pornographique, en ajoutant parfois : "comme son titre le laissait supposer", les conclusions du commissaire du gouvernement sont plus explicites[40].

Se référant à la jurisprudence de la commission de contrôle des films, celui-ci a proposé de considérer comme étant de caractère pornographique "le film qui présente au public, sans recherche esthétique et avec une crudité pro-

40. C.E. 13 juillet 1979, *Gaz. Pal.* 21 mai 1981, concl. Genevois.

vocante, des scènes de la vie sexuelle et notamment des scènes d'accouplement", et cela en combinant deux critères : - un critère principal de caractère objectif : est réputé pornographique le film qui montre une activité sexuelle réelle, non simulée ; - un critère subsidiaire, de caractère subjectif, prenant en considération l'intention du réalisateur, le contenu d'ensemble du film, le sujet traité, la qualité de sa réalisation, qui peut notamment conduire à écarter le classement X lorsqu'on est en présence d'une authentique œuvre d'art[41].

Comme le terme "pornographique", le terme "licencieux" connote lui aussi de façon assez évidente - quoique toujours intuitive - des pratiques sexuelles.

Dans le cas des "bonnes mœurs" et de la "moralité", en revanche, le flou sémantique est à son maximum. Ainsi, la référence au sexe, bien qu'implicite, est néanmoins certaine dans le cadre du code pénal, les crimes et délits constitutifs d'attentats aux mœurs ayant tous un rapport avec l'activité sexuelle (on verra du reste plus loin que le nouveau code pénal a redéfini ces infractions en faisant désormais explicitement référence à leur contenu sexuel) ; et s'agissant du délit d'outrage aux bonnes mœurs, les commentateurs s'accordent pour constater, au vu de la jurisprudence, que la notion ne recouvre ici aussi que l'ordre sexuel.

De même, la "police des mœurs", a toujours eu exclusivement en vue la lutte contre la prostitution, le mot "mœurs" étant utilisé ici de façon elliptique et euphémisée ou euphémisante.

Mais dans d'autres hypothèses les notions de bonnes mœurs et plus nettement encore de moralité ne recouvrent pas le seul domaine de la sexualité. Si l'on remonte à l'origine étymologique de la notion, aux *boni mores*, il apparaît qu'elles ont pour les Romains un contenu extensif. Sont contraires aux bonnes mœurs non seulement la licence et l'obscénité, par opposition à la décence et la pudeur, mais aussi les actes qui enfreignent la *pietas* [affection envers la

41. Sur cette base, ont été jugés pornographiques et ayant à juste titre fait l'objet d'un classement X des films à propos desquels la commission de contrôle avait émis les commentaires suivants : "film pornographique de style hardcore d'une grande audace et dont les scènes sont réelles et non simulées" ; "caractère déshonorant du spectacle et vulgarité du dialogue" ; "scènes érotiques et scabreuses" ; "échantillonnage systématique des pratiques sexuelles les plus crues et les plus offensantes". En revanche, le caractère pornographique a été contesté par application conjointe du critère objectif (pas de scènes non simulées) et du critère subjectif dans le cas d'un film racontant l'histoire d'une maison de tolérance au début du siècle, où l'on voit se succéder divers personnages - le préfet, le notaire, le médecin, l'anarchiste, le curé -, car, relevait le commissaire du gouvernement, que le Conseil d'Etat a suivi sur ce point, le film n'est pas exempt d'humour et de critique sociale, et la réalisation et le décor sont soignés. La prise en compte de la qualité artistique du film illustre parfaitement les analyses de François Ost et Michel van de Kerchove sur l'immunité de l'œuvre d'art, révélatrice selon eux d'une conception dualiste de l'homme partagé entre le corps et l'esprit, caractéristique de l'humanisme occidental qui accorde la primauté à l'élément spirituel sur l'élément matériel ou physique (*Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique, op. cit.* p. 71 et s.).

patrie, entre parents et entre proches], la *gratia* [gratitude pour les services d'autrui], la *reverentia* [le respect], la *bona fides*[42].

La même remarque vaut pour le droit canon : au Moyen Age, si l'on exige du clergé qu'il ait de bonnes mœurs, c'est en réaction, on l'a vu, contre deux maux qui affectent sa moralité : la simonie et l'incontinence. Et les statuts synodaux établis en 1452 par l'archevêque de Toulouse[43] contiennent certes l'énoncé de principes destinés à mettre un frein aux mœurs désordonnées des clercs auxquels on reproche d'être "incontinents", de vivre en concubinage, de fréquenter les tavernes, voire de faire commerce de fillettes (!), mais ils rappellent aussi l'obligation de respecter les biens d'église et de se tenir à l'écart des affaires séculières, les bonnes mœurs rejoignant ici tout simplement l'honnêteté.

Dans le droit positif contemporain, la notion de bonnes mœurs utilisée dans le contexte non plus du droit pénal mais du droit civil déborde le domaine de l'activité sexuelle pour viser également d'autres aspects du comportement social - le désintéressement, le respect de la dignité humaine... - au point que les bonnes mœurs ne se distinguent plus clairement, on l'a vu, du respect de l'ordre public et des lois en général.

*A fortiori*, les notions de moralité et d'immoralité ne sont pas strictement associées au sexe, comme on a pu le constater plus haut en examinant la jurisprudence relative à la protection de la moralité publique. L'immoralité, en particulier, ne se réduit pas à la licence et à la pornographie : si tout objet pornographique ou licencieux doit être considéré comme immoral, l'inverse n'est pas vrai. C'est pour cette raison que le Conseil d'Etat a annulé l'interdiction d'un ouvrage sur le fondement de l'article 14 de la loi de 1949 sur la protection de la jeunesse, motivée par le fait que "l'atmosphère générale du livre, son absence de moralité, l'indigence et la vulgarité de son style font que sa lecture ne saurait être que déconseillée à la jeunesse", car la loi en question n'a pas pour but de protéger la moralité publique en général mais ne concerne que les publications licencieuses ou pornographiques[44].

On peut ajouter que même lorsque les bonnes mœurs ou les mœurs renvoient à des pratiques sexuelles, les préoccupations qui inspirent les mesures préventives ou répressives dépassent l'ordre sexuel pour obéir à des considérations d'ordre public beaucoup plus générales telles que la lutte contre la dénatalité, la diminution de la délinquance, la réduction de certaines formes de marginalité ou de déviance sociale, etc....[45]. L'analyse des objectifs assignés à la "police des mœurs" illustre parfaitement ce dernier constat. La réglementation de la prostitution ne se justifie pas seulement par le souci de proscrire

42. Guyader (J.), *infra*.

43. Ceux-là mêmes dont Josseline Guyader étudie et nous livre le contenu dans sa contribution à ce volume.

44. C.E. 3 janvier 1958, *Sté les Editions du fleuve noir*, *D.* 1958, p. 570.

45. En ce sens, Ost (F.), Van de Kerchove (M.), «Mœurs (Bonnes)», précité.

des pratiques sexuelles que la morale réprouve, mais tout autant, et de plus en plus à mesure que l'influence de la religion recule devant les progrès de la laïcité, par la défense de l'ordre public et de la tranquillité de la rue, et plus tard encore, lorsque se profile la crainte du péril vénérien, par le souci de la santé et de la salubrité publiques[46].

### *B) Un contenu contingent*

Le législateur n'a pas défini - et pour cause, puisqu'elles sont indéfinissables - les bonnes mœurs. C'est donc aux instances chargées d'appliquer la règle de droit qu'il revient non pas de les définir, puisque le terme est impropre, mais de donner un contenu aux notions utilisées par le législateur.

Parmi ces instances figure bien entendu le juge, pénal ou civil. Mais le juge n'est pas le seul à devoir décider de ce qui est conforme ou non aux bonnes mœurs, à devoir départager entre ce qui est moral et ce qui est immoral. La "bureaucratie" sous ses différentes formes se voit elle aussi conférer par de multiples textes le rôle de garant des bonnes mœurs : les autorités chargés du maintien de l'ordre et investies à ce titre de prérogatives de police, le ministre de l'Intérieur qui contrôle les publications, le service des douanes, habilité à intercepter les écrits présentant un danger pour la jeunesse, le ministre de la Culture qui délivre les visas cinématographiques, et même, désormais, le ministre du Budget, chargé de déterminer les services de messagerie rose qui feront l'objet d'une sur-taxation[47]. Les travailleurs sociaux sont amenés eux aussi, dans le cadre de l'assistance éducative, à apprécier si la santé, la sécurité ou la moralité d'un enfant sont compromises. Sont enfin associés à cette tâche, à titre consultatif, des représentants de la "société civile" appelés à siéger au sein des commissions chargées de conseiller les ministres : la commission de surveillance et de contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence comprend notamment des représentants de l'enseignement, de la presse destinée à la jeunesse, des mouvements de jeunesse, des dessinateurs, des auteurs, des parents ; la commission de classification des films, réorganisée par le décret du 23 février 1990, comprend des représentants de la profession cinématographique, des personnalités qualifiées dans le domaine de la protection de l'enfance et de la jeunesse, et même trois membres âgés de 18 à 25 ans représentant les jeunes. Toutes ces instances, il convient de le noter, exercent leur pouvoir sous le contrôle du juge, qui conserve donc malgré tout un rôle déterminant et une place stratégique dans le dispositif de contrôle des mœurs.

Disposant par la force des choses d'un très large pouvoir d'appréciation, le juge ne peut pour autant exercer ce pouvoir en se fiant à sa seule subjectivité et sans se référer à des éléments objectifs, sous peine de se voir accuser

---

46. Voir Berlière (J.-M.), *La police des mœurs sous la IIIè République*, Le Seuil, 1992, notamment p. 70-83.

47. Voir *infra*, III-B.

d'imposer arbitrairement sa conception du bien et du mal à l'ensemble de la société.

Les bonnes mœurs, déplorait un auteur, gardent pour le droit pénal positif libéral, une faiblesse essentielle, c'est de ne pouvoir être définies : l'appréciation en est subjective, "ce sont celles que le Parquet et les juges croient assez fermement, assez substantiellement bonnes pour oser frapper ceux qui les outragent". La même remarque vaut pour le droit civil : en introduisant dans le code civil une notion rebelle à toute définition précise, les révolutionnaires ont accru d'autant l'autonomie normative du juge, en contradiction avec le rôle de simple "bouche de la loi" dans lequel, fidèles à Montesquieu, ils prétendaient le cantonner. Les bonnes mœurs imposant des règles de conduite indéterminées, c'est au juge qu'il revenait nécessairement de les dégager, non pas du reste en utilisant sa compétence strictement juridique, mais sa compétence morale et sociale[48].

Le juge est en effet obligé, pour donner un contenu aux notions légales, de chercher des références ailleurs que dans le champ du droit. Ces emprunts se reflètent dans la terminologie qu'il utilise, comme en témoigne l'analyse du discours jurisprudentiel en matière d'outrage aux bonnes mœurs. Les termes qu'on trouve dans les décisions de justice se rattachent à des lexiques extrêmement divers : moral, bien sûr, (mauvais, violent, brutal, osé, vicieux, choquant, scandaleux, provoquant, obscène, luxurieux, lubrique, lascif, impudique, indécent...), mais aussi esthétique (laid/beau), hygiénique (malpropre/propre, sale, salissant, ordurier, nauséabond, insalubre), psychiatrique (malsain, pervers, anormal/sain, normal), statistique (exceptionnel/courant, moyen), socio-économique (vulgaire/noble), anthropologique (bestial, contre nature/humain, naturel), politique (contestataire, provocateur/conforme à l'ordre social)[49].

Pour échapper au reproche d'arbitraire, le juge peut faire prévaloir soit une conception transcendante des bonnes mœurs, en se référant à une morale objective et universelle, soit une conception plus contingente, en se fondant sur les comportements "moyens" considérés comme "normaux" en un lieu et à une époque donnée.

*1) L'impossible transcendance : de la morale à la moralité publique*

Dans le droit canon, la conception transcendante l'emporte évidement. Les bonnes mœurs sont celles-là seules qui sont conformes au message de l'Evangile, compatibles avec la morale chrétienne. Mais dans nos sociétés modernes, laïcisées et pluralistes, toute référence à une morale objective et transcendante fournissant les critères du bien et du mal, des bonnes et des mauvaises mœurs, se heurte à un obstacle pratique et à une objection de principe. L'obstacle est lié à la difficulté de définir une morale transcendante entièrement détachée de la religion, l'objection à

48. Voir Géraud (E.), "L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil", *infra*.
49. *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique, op. cit,*. notamment pp. 21-36.

la prétention du positivisme de séparer entièrement le droit d'avec la morale et la religion.

C'est la raison pour laquelle, à l'invocation solennelle de la Morale est préférée une référence plus modeste à la moralité publique. La Morale connote l'absolu, l'objectivité, elle renvoie à des valeurs stables, transcendantes, incontestables, qui restent marquées par leur origine religieuse. Alors que la moralité publique fait référence à la sensibilité d'une collectivité particulière : elle est située dans le temps et dans l'espace, elle est essentiellement contingente, évolutive, variable[50].

Tandis que la morale individuelle entretient des rapports étroits avec la Morale, dans la mesure où elle est liée à la conscience de chacun qui doit en intérioriser les préceptes et y conformer l'ensemble de sa conduite, la moralité publique, elle, ne prend en compte que les comportements sociaux[51]. Liée à la vie en société, *"elle tire son pouvoir de contrainte moins de la valeur éthique des règles qui la composent que de la pression sociale qui s'exerce en faveur de leur stricte observance"*[52]. Elle se définit en termes négatifs plutôt que positifs : *"elle est l'absence de scandales publics, ou plus exactement l'absence d'atteintes publiques au minimum d'idées morales communément admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus, et qu'elle tient à voir respecter"*[53]. Un comportement contraire à une règle morale fondamentale ne sera donc pas nécessairement contraire à la moralité publique ; elle ne le sera que si elle heurte le niveau moral moyen de la population et entraîne, de ce fait, un scandale public.

L'exemple de la lutte contre la prostitution au nom de la "police des mœurs" est significatif à cet égard. Si, à l'époque du gouvernement de l'Ordre moral, il semblait encore parfaitement normal et naturel d'invoquer la morale et la religion pour justifier le sort réservé aux prostituées, les républicains opportunistes, défenseurs de la laïcité, n'invoqueront plus la morale, qui condamne le vice et la débauche comme formes du "péché", mais la "moralité publique", qu'il faut protéger du spectacle dégradant de la prostitution du trottoir[54].

---

50. Pour une analyse particulièrement suggestive de "l'écartèlement du droit entre la morale et la moralité publique", nous renvoyons à l'analyse d'Olivier Cayla dans son commentaire précité du jugement du TA de Versailles du 25 février 1992, *Sté Fun Productions*, dans la *Revue trimestrielle de la Cour d'appel de Versailles*,.

51. En ce sens, Vedel (G.) et Delvolvé (P.), *Droit administratif*, PUF, Thémis, 12è éd. 1992, T. II, p. 681.

52. Chérigny (B.), *Le juge administratif, gardien de la moralité des administrés*, Thèse Poitiers 1968.

53. Teitgen (P.-H.), *La police municipale*, Thèse Nancy 1934. Voir aussi les conclusions précitées du commissaire du gouvernement Guldner sur l'affaire *Sté nationale d'éditions cinématographiques* en 1957, définissant la moralité publique comme "le respect des idées morales communément admises à un moment donné par la moyenne des citoyens".

54. Berlière (J.-M.), *La police des mœurs sous la IIIè République*, précité, p. 70 et s.

Mais en détachant la moralité de la morale, on accepte l'idée de sa relativité, on se résout à ce que son contenu ne puisse être défini que de façon contingente, au risque de devenir plus insaisissable encore. "*Essentiellement relative, l'immoralité se laisse malaisément définir, sinon par opposition... Les mœurs réputées bonnes ou mauvaises sont mouvantes et multiples*"[55]. Ceci ne les rend pas moins contraignantes pour autant dans la mesure où, dans une société et à une époque donnée, existent "*des mœurs dominantes qui, parce que telles, sont collectivement estimées bonnes... L'immoralité ne réside point dans telle ou telle attitude, dans un comportement déterminé, mais dans le fait que la conduite considérée est à l'opposé de celle du grand nombre, donc antisociale. elle consiste dans la non-participation au contrat social relatif aux conduites. De ce seul fait, elle est répréhensible.*"[56].

L'aspect contingent et évolutif du contenu de la moralité et des bonnes mœurs[57] semble réduire le rôle du juge à celui d'un simple témoin de son temps. Il recherchera parmi les habitudes sociales celles qui apparaissent comme les plus représentatives, il se référera au comportement et aux idées de l'homme moyen, au "niveau moyen des mœurs actuelles", au "sentiment collectif", à la "conscience collective", à la "conscience sociale moyenne" ou "de la majorité des citoyens", à l'"opinion publique" ou aux "personnes représentatives de l'opinion publique", au "consensus social"...[58].

Cette conception modeste, minimaliste même, de son rôle par le juge paraît à première vue prémunir contre tout risque de subjectivité de sa part. "*La moralité publique, dans la mesure où elle s'attache à la considération d'éléments matériels, quantifiables et vérifiables, [...] confère au juge la possibilité de faire dépendre son appréciation de la moralité non pas de son échelle de valeurs subjective, mais de données qui traduisent objectivement la conception prédominante de la normalité au sein d'une communauté donnée*"[59]. Reste à savoir si ces données supposées objectives sont objectivement appréhendables...

### *2) L'illusion du consensus : l'ambivalence d'un standard*

Lorsqu'il cherche à identifier les comportements considérés comme "normaux" par la "moyenne" de ses concitoyens, c'est en définitive l'identification

---

55. Mourgeon (J.), "De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques", *D.S.*1974, chr. XLIV.

56. *ibid.*

57. Cet aspect contingent et évolutif est implicitement reconnu par la loi du 25 septembre 1946, qui ouvre un recours en révision au bout de vingt ans, sans qu'il y ait lieu d'invoquer un fait nouveau, contre les condamnations prononcées pour outrages aux bonnes mœurs commis par la voie du livre. C'est par cette procédure que la chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée, le 31 mai 1949, à annuler la condamnation prononcée en 1857 contre *Les Fleurs du Mal.*

58. Voir la contribution de François Ost et Michel van de Kerchove, *infra.*

59. Cayla (O.), article précité.

du consensus social que poursuit le juge[60]. Seulement cette quête du consensus reste largement mythique et laisse en réalité intact son pouvoir d'appréciation. Car si le juge doit, pour apprécier la moralité d'un comportement donné dans des circonstances données, se référer *"au modèle considéré comme normal par la société ou par la fraction de la société apte à élaborer le terme de référence"*, si *"la normalité [...] est donc l'étalon nécessaire de toute moralité juridique"*, le juge n'en reste pas moins en dernière analyse l'interprète des mentalités de son temps[61].

Or il ne dispose pas toujours, il dispose rarement, même, à moins que l'objet ou le comportement qu'il doit qualifier ait donné matière à un scandale public, d'éléments concrets, d'indices fiables, qui lui permettraient d'évaluer le jugement de l'opinion moyenne sur cet objet ou ce comportement. Sa tâche de *"divination des oracles de l'opinion publique"*[62] s'avère dès lors particulièrement périlleuse. Parfois il se réfugiera derrière l'évidence, qui n'est souvent que l'évidence de ses propres convictions ; parfois il se référera explicitement à l'opinion commune - référence formelle et fictive en l'absence de tout moyen de connaître ce que pense réellement cette opinion. Ajoutons qu'à supposer même que cette "opinion moyenne" ou "opinion commune" existe, il ne s'agit en tout état de cause que d'une opinion simplement dominante à laquelle le juge, en la ratifiant, sacrifiera l'opinion des minorités.

A cette objection s'en ajoute une autre, liée au contenu même de la notion de normalité, et qui renvoie à un problème plus général que l'on peut formuler ainsi : lorsque le droit - par l'intermédiaire du législateur ou du juge - trace la limite entre les comportements qui sont dans la norme et ceux qui sont hors-norme, la norme en question peut-elle s'entendre exclusivement comme la moyenne des comportements habituellement observés sans aucune référence, même implicite, à un modèle de comportement souhaité en fonction d'un jugement de valeur ?

La question se pose en particulier à chaque fois que le droit fait usage de standards qui, comme l'a démontré Stéphane Rials, font toujours explicitement ou implicitement référence à l'idée de normalité. Or cette normalité comporte toujours une double dimension descriptive et normative, telle que les standards sont eux-mêmes nécessairement ambivalents, oscillant entre une prétention descriptive, de rendre compte le plus fidèlement possible de ce qui est, et une intention normative, lorsqu'ils sont *"dotés d'une certaine transcendance par rapport à ce qui se fait"*[63]. La distance, du reste, n'est jamais infi-

60. Cette recherche du consensus est aussi une façon pour le juge de conforter sa légitimité, dans la mesure où, dans une démocratie, le consensus est le fondement de la légitimité du pouvoir politique qui pose les règles et du juge qui les interprète : en ce sens, Ost (F.), Van de Kerchove (M.), *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique, op. cit.* p. 107.

61. Rials (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard*, 1980, p. 71-72.

62. Ost (F.), Van de Kerchove (M.), *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique, op. cit.*, p. 122.

63. Voir là encore Rials (S.), *op. cit.*, p. 130.

nie entre ce qu'une société - et donc le législateur et le juge - considèrent comme normal en fonction d'un constat objectif porté sur la réalité observable et ce qu'ils considèrent comme normal en fonction d'un jugement de valeur *a priori*. Un comportement courant ne sera pas qualifié de "normal" s'il heurte des principes éthiques généralement admis, et à l'inverse un comportement hautement souhaitable au regard de normes idéales ne sera pas pour autant "normal" s'il ne s'enracine pas dans un minimum de pratique effective[64].

Cette ambivalence sous-tend la notion des bonnes mœurs, qui est typiquement un standard : si elles renvoient aux "mœurs" d'une population à un moment donné, le juge ne peut en déterminer le contenu en faisant abstraction de toute référence à une hiérarchie des valeurs, de sorte que les bonnes mœurs ne sauraient se réduire à la moyenne statistique des comportements concrets. On sait bien, au demeurant, que l'activité du juge qui consiste à qualifier les choses juridiquement n'est jamais purement descriptive, que le constatatif et le normatif s'y mêlent étroitement, et qu'elle implique toujours une appréciation subjective mettant en cause des jugements de valeur[65].

Ainsi n'échappe-t-on jamais à la subjectivité du juge : qu'il prétende se référer à une Morale objective, fondée sur des valeurs universellement valables, ou sur le constat de ce qui, à un moment donné et en un lieu donné, est considéré comme normal par l'opinion moyenne, c'est toujours lui, en définitive, qui détermine souverainement le contenu des bonnes mœurs[66].

## *III - VERS LA FIN D'UN COUPLE SOUDÉ ?*

En dépit de l'impuissance de la norme juridique à définir le contenu des bonnes mœurs, le droit n'en formait pas moins avec elles un couple soudé : recevant la caution du droit, les bonnes mœurs acquéraient une existence officielle, laquelle légitimait en retour la mise en place, sous l'égide du juge ou sous son contrôle, de dispositifs de répression et de censure des mauvaises mœurs.

Or ce couple tend aujourd'hui à se déliter, sous l'effet de plusieurs phénomènes convergents. C'est d'abord la notion de bonnes mœurs qui semble tomber peu à peu en désuétude, comme le relèvent les dictionnaires eux-mêmes. Ainsi, le *Grand Robert* signale, à propos du mot "décence", que "dans ce sens [respect de ce qui touche les bonnes mœurs, les convenances, spécialement en matière sexuelle], le mot, comme tous ceux qui touchent à la morale sexuelle, tend à vieillir ou à devenir "marqué" (littéraire, ironique...)". De même, à

64. Sur le rapport entre légalité et normalité, voir Loschak (D.), "Droit, normalité, normalisation", précité, en particulier pp. 69-72.

65. Cayla (O.), "La qualification, ou la vérité du droit", *Droits* n°18/1993.

66. Comme le relève Olivier Cayla dans sa note précitée, *"le problème suscité par la perspective idéalement objective de la morale des droits de l'homme est que, en cas de désaccord interprétatif sur la teneur de ses réquisitions, il n'y a pas moyen [...] de savoir qui en effectue la "bonne", la "vraie" interprétation"*.

propos du mot "immoral", il remarque que "cette connotation spéciale du mot [contraire aux bonnes mœurs, dans le domaine des mœurs sexuelles] tend à vieillir, du fait de l'évolution des mœurs".

Parallèlement, on constate au niveau du droit une double évolution : d'un côté la régression de la notion de bonnes mœurs dans le lexique juridique et la réapparition, ou plutôt l'apparition concomitante du sexe, traduisent une transformation de la façon de traiter la question des mœurs dans la loi et un déplacement des objets de la répression ; de l'autre la réticence de plus en plus manifeste des agents traditionnels de la censure à censurer les atteintes aux bonnes mœurs entraîne une mutation des modes de censure.

### *A) Le déplacement des objets de la répression*

Un premier constat permet de mettre en lumière la disparition progressive des termes de "bonnes mœurs" et de "moralité" dans les textes à mesure qu'on en fait le "toilettage".

Ainsi la loi de 1983 portant statut de la fonction publique a-t-elle supprimé la condition de "bonne moralité" pour l'accès à la fonction publique. L'épreuve dite de "morale professionnelle" imposée aux candidats à l'entrée dans les écoles normales d'instituteurs n'a pas survécu à 1968[67]. Et la récente réforme du code de la nationalité a failli aboutir à la disparition de la notion d'indignité : dans la première version du texte adopté par les sénateurs le gouvernement ne pouvait s'opposer à l'acquisition de la nationalité française par les conjoints de Français que dans le cas où ceux-ci avaient commis des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France.

Mais c'est surtout sur le terrain du droit pénal que l'évolution est la plus sensible et la plus significative. Ainsi, l'outrage aux bonnes mœurs a disparu en France du nouveau code pénal, le législateur ayant pris acte de ce que les poursuites pour outrages aux bonnes mœurs étaient devenues de plus en plus rares et que cette évolution était vraisemblablement irréversible.

François Ost et Michel van de Kerchove font le même constat pour la Belgique. Ils voient dans l'évolution récente de la jurisprudence des tribunaux relative à l'outrage public aux bonnes mœurs - petit nombre de décisions publiées, sobriété croissante de leur motivation, baisse spectaculaire des condamnations judiciaires qui passent de 1200 en 1964 à 438 en 1975 et 93 en 1990 - le révélateur "*d'une rationalité juridique de moins en moins assurée*"[68].

Cette indifférence du droit pénal aux bonnes mœurs, qui revient à reconnaître, comme le relève Danièle Mayer, que notre société n'est plus très sûre de

67. Voir *supra*, note 20.
68. Voir leur contribution *infra*.

ce que représente exactement cette notion[69], ne constitue cependant qu'un des aspects de l'évolution. On observe en effet parallèlement un déplacement de l'objet de la répression pénale, qui va être utilisée non plus pour punir les atteintes aux bonnes mœurs mais pour protéger la liberté nouvelle laissée à chacun dans le choix de sa vie et de ses habitudes sexuelles et pour lutter contre les éventuels mouvements d'intolérance que cette liberté des mœurs risque de susciter[70]. C'est ainsi que la loi du 25 juillet 1985 incrimine ainsi les discriminations fondées sur "les mœurs" - en fait, sur l'homosexualité - à l'instar des discriminations raciales ou sexistes.

Plusieurs dispositions du code pénal s'efforcent également de mieux protéger contre les abus sexuels. La loi du 23 décembre 1980 a élargi la définition du viol afin de permettre l'incrimination de la sodomie et de la fellation. Le nouveau code pénal a créé un délit de harcèlement sexuel, réprimé par l'article 222-33 et défini comme "le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces, ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions". Et l'article 227-24, figurant dans une section relative à la "mise en péril des mineurs", punit "le fait soit de fabriquer, soit de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur"[71]. De façon significative, également, le proxénétisme n'est plus réprimé au titre des "attentats aux mœurs", mais au titre des "atteintes à la dignité de la personne" ; de même, l'attentat à la pudeur sur un mineur est réprimé sous l'incrimination d'"atteinte sexuelle" au titre de la mise en péril des mineurs.

On constate que parallèlement les termes ambigus - mœurs, pudeur, débauche, notamment - ont disparu à la faveur de la refonte du code pénal pour faire place à d'autres, plus précis et plus explicitement reliés à des comportements sexuels. Ainsi, une section est-elle consacrée aux "agressions sexuelles", à savoir le viol d'une part, les autres agressions sexuelles d'autre part, parmi lesquelles sont spécifiquement incriminées l'exhibition sexuelle (art. 222-32) et le harcèlement sexuel (art. 222-33). La section consacrée à la mise en péril des mineurs réprime notamment : le fait "d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe" (art. 227-22) ; "le fait, en vue de sa diffusion, de

69. "Le droit pénal, promoteur de la liberté des mœurs ?", *infra*.

70. *ibid.*

71. Cette disposition a été insérée dans le nouveau code pénal, rapporte Danièle Mayer, pour éviter que la suppression du délit d'outrage aux bonnes mœurs ne rende impossible les poursuites contre les messageries roses. Par rapport à l'outrage aux bonnes mœurs cette nouvelle incrimination présente deux différences fondamentales : en premier lieu elle tend à la protection des seuls mineurs ; en second lieu elle s'intéresse à la violence au même titre qu'à la pornographie.

fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique" (art. 227-23) ; le fait de fabriquer, de transporter ou de diffuser un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsque ce message est susceptible d'être vu par un mineur (art. 227-24) ; le fait d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur (art. 227-25).

### *B) La transformation des mécanismes de censure*

Parallèlement à ce déplacement de la répression vers d'autres objets on constate l'essoufflement des modes traditionnels de censure et leur remplacement par des mécanismes plus souples et plus subtils.

#### *1) La démotivation des censeurs traditionnels*

Cette démotivation se manifeste dans les deux domaines privilégiés d'exercice de la censure *a priori* : le cinéma et les publications.

En ce qui concerne le cinéma, les chiffres parlent d'eux-mêmes. Entre 1960 et 1970, la commission de censure a eu à se prononcer en moyenne chaque année sur environ 350 films. Le nombre d'interdictions totales a varié entre 0 et 17, tandis que les demandes de coupures ont concerné selon les années de 10 à 67 films. Dans les années 70, la censure se montrait encore relativement active. Mais depuis plusieurs années, il n'y a plus en pratique ni interdictions ni de demandes de coupures[72]. Il est vrai qu'entre temps a été mis en place un régime spécifique pour les films à caractère pornographique qui a modifié la configuration générale du dispositif, comme on le montre plus loin. La réforme du dispositif de contrôle opérée par le décret du 23 février 1990 a été conçue de façon à faire apparaître "que la finalité principale de ce régime réside dans la protection de l'enfance et de la jeunesse"[73] : la commission de contrôle est devenue "commission de classification", et des représentants des jeunes sont appelés à y siéger ; les seuils d'interdiction aux mineurs ont été abaissés de 13 à 12 ans et de 18 à 16 ans ; la possibilité d'exiger la coupure de passages entiers des films a été abandonnée.

---

72. Pour saisir le caractère spectaculaire de l'évolution qui s'est produite en vingt ans, on peut citer cet article paru dans *Le Monde* du 9 février 1971, sous le titre "Les fantaisies d'Anastasie" et sous la plume de Patrick Séry, qui écrivait ceci : *"A la tête de la commission de contrôle, M. Henry de Segogne, soixante-neuf ans, grand bourgeois qui s'estime "libéral", ouvert à l'évolution des moeurs. Il dirige la censure depuis plus de quinze ans. "Nous sommes en fait d'une indulgence extrême. Nous ne pouvons cependant laisser certains films qui ne sont que vulgarité, ignominie dégradante. C'est pour moi un devoir envers le peuple que de le priver de la tentation d'aller voir ce genre de spectacles". Sur la drogue et la violence, les décisions des censeurs sont fréquemment déconcertantes. Ils paraissent encore plus désorientés lorsqu'il s'agit de pellicules à "thèse sexuelle". Ils coupent une cuisse par-ci, gomment un sein par là, chronomètrent les étreintes et voilent les exubérances. Le film de Bergman, Le silence, n'est sorti en France, avec de nombreuses coupures, que sur décision de Peyrefitte, qui n'accepta pas la recommandation d'interdiction totale de la commission de contrôle".*

73. Conférence de presse de Jack Lang, ministre de la Culture.

La démotivation des censeurs est tout aussi patente s'agissant du contrôle des publications. Le faible nombre de mesures prises et leur motivation reflète la tolérance accrue en la matière. Les statistiques relatives à l'application de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 sur les publications susceptibles de présenter un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique reflètent une évolution particulièrement rapide En 1980, 256 publications avaient fait l'objet d'une des mesures qu'elle permet, à savoir : interdiction de vente aux mineurs, interdiction de vente aux mineurs et d'exposition, ou interdiction de vente aux mineurs, d'exposition et de toutes formes de publicité. Ce chiffre passe à 206 en 1981, 132 en 1982 et 140 en 1983, remonte à 208 en 1984, mais plonge ensuite à 57 en 1985, remonte légèrement en 1986 et en 1987 où l'on dénombre respectivement 84 et 72 interdictions (peut-être en raison du contexte de la cohabitation et de la personnalité du haut fonctionnaire investi de cette mission), avant de s'effondrer : 9 mesures d'interdiction en 1988, 12 en 1989, 13 en 1990, 7 pour les huit premiers mois de 1991.

On compte désormais, une dizaine d'interdictions par an environ, qui frappent essentiellement les publications dans lesquelles sont rapportées ou reproduites des scènes de zoophilie, de pédophilie, ou incitant à la violence. Tout ce qui a trait, en revanche, à l'homosexualité, masculine ou féminine, est désormais toléré.

Sur le fondement du décret-loi de 1939 permettant l'interdiction des publications étrangères, la plupart des publications litigieuses sont interceptées par la police de l'air et des frontières et les services des douanes : 164 publications ont été interceptées à la frontière et refoulées en 1992, tandis qu'il n'y a eu que deux arrêtés d'interdiction. Dans un cas comme dans l'autre les mesures sont rarement motivées par le caractère pornographique de la publication et ont surtout visé, au cours des dernières années, des publications néo-nazies ou antisémites.

*2) Les nouvelles voies de la censure*

L'embarras des censeurs témoigne de ce que les modalités d'exercice de la censure sont mal adaptés à un contexte que "l'évolution des mœurs", selon la formule consacrée, a profondément transformé. La censure emprunte donc d'autres voies, moins autoritaires et plus incitatives : elle se privatise, ou encore elle substitue la taxation à l'interdiction.

a) La privatisation de la censure

Le régime applicable depuis 1987 aux messageries roses offre un exemple typique de privatisation de la censure. L'accès à la tarification Kiosque par les services télématiques impose désormais la conclusion d'un contrat "Télétel-convention Kiosque" par lequel le fournisseur de service s'engage vis-à-vis de France-Télécom à respecter les lois et réglements en vigueur et les engagements figurant dans le code de déontologie annexé à la convention, Ce code de déon-

tologie comporte notamment le rappel des dispositions du code pénal réprimant l'affichage, l'exposition ou la projection au regard du public d'écrits ou d'images contraires aux bonnes mœurs (art. 283 et s.), ainsi que le proxénétisme. ; il contient également l'engagement de "ne pas employer dans sa communication publicitaire d'images dégradantes du corps de l'homme ou de la femme", d'être "tout particulièrement attentif à la protection des mineurs", et d'effectuer une surveillance constante des informations mises à la disposition du public de manière à éliminer au maximum avant affichage les messages publics susceptibles d'être contraires aux lois et réglements en vigueur[74]. France-Télécom peut non seulement suspendre la convention en cas de poursuites pénales à l'encontre du fournisseur en raison du contenu du service offert, mais aussi résilier la convention d'office et sans droit à indemnité, après consultation du comité consultatif du kiosque télématique créé à cet effet si le fournisseur de service ne respecte pas de ses engagements contractuels.

Ce dispositif permet à France-Télécom, sur le terrain contractuel, "d'organiser efficacement une police minimum des services télématiques délictueux en sanctionnant directement le fournisseur de service sans avoir à s'interroger sur les possibilités limitées d'imputabilité de l'infraction pénale"[75] : la menace de déconnecter le service est en effet plus efficace qu'une éventuelle sanction pénale, d'autant qu'on constate depuis longtemps la réticence du juge pénal et des pouvoirs publics à contrôler la moralité sous couvert de l'application des dispositions du code pénal[76].

Le nouveau code pénal n'incrimine plus, au demeurant, on l'a dit, le délit d'outrage aux bonnes mœurs. Mais, précisément pour éviter que les messageries roses n'échappent désormais à toute obligation, le législateur a introduit dans le nouveau code une disposition spécifique qui réprime la diffusion de messages à caractère violent ou pornographique lorsqu'il est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur (art. 227-24).

b) La taxation de l'immoralité

Le régime réservé depuis 1975 aux films à caractère pornographique, dits "X", d'une part, et depuis 1989 aux services télématiques à caractère pornographique, dits "messageries roses", de l'autre a pu faire dire que les pouvoirs publics avaient choisi la voie fiscale pour faire régner la morale.

---

74. Pour une description du mécanisme des conventions "kiosque télématique", voir Mialaret (C.), "Les nouvelles conventions "kiosque télématique"" *Juris PTT* n° 13/1988.

75. L'article 284 al. 2 du code pénal réprime le fait d'attirer publiquement l'attention sur une occasion de débauche ou de publier une annonce de ce genre ; l'article 285 prévoit que lorsque le délit d'outrage aux bonnes mœurs est commis par voie de presse, il est imputable à titre principal au directeur de la publication, l'auteur réel de l'outrage étant seulement considéré comme complice. Il en résultait des questions complexes d'imputabilité qui pouvaient paralyser l'action pénale, avant que la Cour de cassation ne tranche dans le sens de la responsabilité du fournisseur de services télématiques présentant un caractère pornographique comme auteur principal du délit d'incitation à la débauche (Ch. crim. 17 novembre 1992).

76. Frayssinet (J.), "Responsabilité pénale et service télématique", *JurisPTT* n° 25/1991.

Les films dits X "sont désignés par le ministre chargé du cinéma après avis de la commission de contrôle". Ces films ne sont pas interdits ; mais ils sont soumis à un régime spécifique, plus rigoureux pour les professionnels et plus avantageux pour les finances publiques. Ils perdent en effet le bénéfice de tout régime d'aide ; ils ne peuvent être projetés que dans des salles spécialement consacrées à cet effet ; ils sont soumis à une fiscalité plus lourde : TVA au taux majoré de 33,3%, prélèvement supplémentaire de 20% sur les bénéfices réalisés par les producteurs, distributeurs et exploitants de salles ; quant aux films étrangers importés ils sont soumis à une taxe forfaitaire spéciale de 300.000 F.

Dans le même esprit, la loi de finances rectificative de 1989 a institué une taxe de 30% sur le chiffre d'affaires des services télématiques "à caractère pornographique". Ce taux a été porté à 50% dans la loi de finances pour 1992. Aux termes d'un décret du 4 juillet 1991, le classement de ces services est opéré par arrêté du ministre du Budget, dont les agents sont ainsi placés "en position d'experts ès censure"[77]. Selon la jolie formule de Jean Frayssinet, on en déduit qu'un service de "messagerie rose" peut ne pas être pénalement répréhensible tout en étant fiscalement pornographique...[78].

Même si l'on accepte l'idée du flou du droit et des concepts juridiques, même si l'on admet comme inévitable l'existence au profit du juge d'une marge d'appréciation étendue dans l'application des normes posées par le législateur, on ne peut manquer de s'interroger sur la fonction assignée au droit lorsqu'il se mêle des bonnes mœurs. Ici, en effet, ce flou d'un côté, cette marge d'appréciation de l'autre, sont poussés si loin que la règle de droit n'est plus que le paravent, la caution d'un contrôle social exercé en fonction de la conception dominante, véhiculée par le juge, de ce qu'il est séant ou malséant de dire ou de faire, tandis que le jugement n'est plus qu'un simulacre d'application d'une règle de droit dépourvue de toute substance juridique, de toute normativité propre .

Ce système a pu fonctionner aussi longtemps qu'un consensus suffisant régnait en la matière, aussi longtemps qu'on a considéré comme allant de soi qu'il y avait de bonnes et de mauvaises mœurs et que la société pouvait légitimement, par l'intermédiaire de la bureaucratie et du juge, réprimer ou censurer les écarts excessifs aux normes de comportement souhaité.

A partir du moment où la tolérance croissante de nos sociétés à la différence a remis en cause ce consensus la mystification sur laquelle reposait tout le système aurait fini par éclater au grand jour si la bureaucratie et le juge, traditionnels garants des bonnes mœurs, suivis par le législateur, n'avaient eux-mêmes pris les devants et amorcé le processus de désagrégation progressive du couple soudé que le droit, des siècles durant, a formé avec les bonnes mœurs.

---

77. "Le Minitel entre morale et taxation", *Le Monde*, 28 novembre 1991.
78. Dans son article précité.