

Toute ressemblance avec des personnes vivantes ou décédées n'est pas le fruit du hasard

Littérairement parlant, les obsèques seraient une variante du genre « comédie grotesque », la représentation unique d'une pièce dont « l'auteur a laissé la mise en scène et le rôle principal à la veuve ». Car celui-ci gisait déjà dans le cercueil, s'appelait Friedrich Dürrenmatt et aurait ri de la mise en scène. C'est ainsi que Hugo Loetscher voit les funérailles de son ami écrivain dans ses « souvenirs labyrinthiques », texte publié dans son recueil d'essais sur la Suisse littéraire *Lesen statt klettern*.

Un an et demi après la parution de ce livre, la comédie grotesque eut une suite quand Hugo Loetscher et Charlotte Kerr se retrouvèrent en avril 2005 devant le tribunal régional de Berlin. La veuve de Dürrenmatt se voyait atteinte dans sa propre image par certains passages mordants qui la montraient comme une femme froide et autoritaire, tels que celui-ci : « La veuve ordonne de déposer le cercueil au milieu, devant l'ouverture de la véranda. Puis elle se tourne vers l'assemblée en deuil : < Nous prenons maintenant congé de Fritz. Par une minute de silence. > Tout le monde se tait. Au milieu du profond silence, un bruit perçant retentit dehors. La veuve sursaute et crie < Silence ! > par-dessus le cercueil. Que ceux de dehors aient saisi sa réprimande ou non, le silence est sauvé pour le reste de la minute. » D'autres passages encore ont heurté Charlotte Kerr : la dépouille était posée sur le lit les mains l'une dans l'autre, ou sur la table de nuit de Dürrenmatt se trouvait un thriller de Stephen King, ou une amie avait soutenu la veuve à la sortie du crématoire. Hugo Loetscher aurait dû supprimer ce genre de phrases sous peine d'une amende pécuniaire pouvant aller jusqu'à 250 000 euros.

Le tribunal n'écoula pas l'argument de la plaignante selon lequel la description incriminée devait être considérée comme un texte journalistique. Il suivit au contraire l'avis de Loetscher, qui affirma avoir justement écrit non pas un compte rendu, mais un texte littéraire. La cour accordait ainsi plus de poids à la liberté artistique qu'au respect de la sphère privée et de la dignité personnelle. Tout à fait dans la tradition de l'arrêt *Mephisto*, l'arrêt de principe sur la liberté artistique rendu en 1971 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en lien avec le livre homonyme de Klaus Mann. De ce point de vue, l'auteur suisse publié par un éditeur suisse pouvait s'estimer heureux que Charlotte Kerr l'ait traîné à la barre d'un tribunal allemand. En Europe de l'Ouest et aux Etats-Unis, une plainte peut être déposée partout où le livre est diffusé, et elle est examinée selon le droit en vigueur à cet endroit.

L'arrêt *Mephisto* en Allemagne...

Klaus Mann avait publié la première édition de son *Mephisto – Roman einer Karriere* en 1933 dans son exil amsterdamois. Des années après sa mort, le livre fut réédité en 1956 par les éditions de Berlin-Est Aufbauverlag. Quand à l'Ouest la Nymphenburger Verlagshandlung annonça en 1963 la publication du roman, Peter Gorski, fils adoptif et héritier unique de l'acteur et intendant Gustav Gründgen, décédé la même année, obtint devant le tribunal l'interdiction de reproduire et de diffuser le livre en question.

Klaus Mann y décrit l'ascension de l'acteur surdoué Hendrik Höfgen, qui – dans les termes de l'exposé des faits par la Cour constitutionnelle fédérale – « renie sa conviction politique et rompt toutes ses relations humaines et éthiques pour faire une carrière artistique par un pacte avec les détenteurs du pouvoir de l'Allemagne national-socialiste. Le roman expose les conditions psychiques, morales et sociologiques qui ont rendu cette ascension possible. » L'acteur Gustav Gründgen est clairement reconnaissable dans la figure romanesque de Hendrik Höfgen. De nombreux détails de la personnalité et du parcours du protagoniste ont

leur pendant dans ceux de Gründgen – à commencer par l’aspect extérieur, les pièces dans lesquelles Gründgen a joué, son accession à la fonction de conseiller d’Etat et d’intendant général du Théâtre d’Etat de Prusse. Cela était voulu par Klaus Mann, qui a lui-même écrit : « Le carriériste cyniquement brutal, brillant et sans scrupules qui est au centre de ma satire peut avoir certains traits d’un certain acteur qui a réellement existé et qui, m’assure-t-on, existe toujours. » Mais Mephisto n’était pas un roman à clés. « Dans cet essai de critique de l’époque », il ne s’agissait « absolument pas du cas particulier, mais du type. » (Der Wendepunkt, édition allemande 1942, p. 334 s.)

Le litige dura des années, jusqu’à ce que la deuxième plus haute instance, la Cour fédérale de justice, confirme en 1968 l’interdiction de diffusion et classe aussi le roman comme un pamphlet. Certes, il fallait concéder à l’artiste une large liberté de création et « lui permettre, dans la représentation romanesque de la vie d’un personnage historique, d’en compléter la caractérisation par des détails inventés et, pour des personnes décédées, d’exposer aussi dans certaines limites des faits de la vie intime ». Cependant cette liberté de l’activité artistique était limitée par le droit de l’honneur en tant qu’aspect partiel de la protection de la personnalité. Un comportement imaginé de Gründgen donnait en effet l’impression que celui-ci avait été capable d’actes abjects. Car Höfgen a une liaison avec une danseuse noire, et il la livre à la Gestapo quand sa liaison menace de compromettre sa carrière.

La Cour constitutionnelle fédérale n’a pas pu lever les jugements des instances inférieures, car il y avait égalité des voix dans le collège des juges. Ses considérations sur la liberté artistique en rapport avec la protection de la personnalité n’en ont pas moins acquis et conservent encore valeur de référence dans la jurisprudence allemande. Selon la cour, toute activité artistique est « un mélange de procédés conscients et inconscients qui ne peuvent être distingués rationnellement. Intuition, imagination et savoir artistique interagissent dans la création artistique, qui n’est pas au premier chef communication, mais expression, et expression immédiate de la personnalité individuelle de l’artiste. La garantie de la liberté artistique touche d’égale manière l’aspect < oeuvre > et l’aspect < effet > de la création artistique, ces deux aspects constituant une unité indissociable. » L’un des juges, qui plaçait la liberté artistique plus haut que l’honneur de Gustav Gründgen et de son fils adoptif, va même plus loin dans des constatations : les instances inférieures s’étaient fondées unilatéralement sur l’aspect « effet » de Mephisto et ne s’étaient pas occupées de la réalité esthétique du roman. Et il poursuit : « Une oeuvre d’art comme le roman de Klaus Mann poursuit, par rapport à la vraie réalité, une réalité < plus vraie >, qui permet d’éprouver sur le plan esthétique cette vraie réalité de façon plus consciente dans un nouveau rapport à l’individu. [...] La représentation artistique ne peut donc pas être mesurée à l’aune du monde de la réalité, mais seulement à un étalon esthétique, spécifique à l’art. » (BVerfGE 30, 173 ss [Mephisto])

... et ses répercussions

Ces phrases sont régulièrement citées dans les arrêts allemands en la matière. Néanmoins, dans la pesée concrète des intérêts entre liberté artistique et protection de la personnalité, l’intensité de l’atteinte à cette dernière est déterminante. Plus la représentation et l’original concordent, plus lourd la protection de la personnalité pèse dans la balance. Plus la représentation artistique touche des aspects particulièrement protégés de la personnalité, comme la vie sexuelle, plus la part de fiction doit être importante. Dans l’arrêt en la cause « Esra », roman de Maxim Biller écrit à la première personne qui traite de la relation amoureuse entre le narrateur et Esra, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a accordé plus de poids à la protection de la personnalité qu’à la liberté artistique. Esra était si clairement

reconnaissable – dans son aspect extérieur ou dans son parcours biographique et professionnel, par exemple par la mention du Prix du cinéma allemand qu'elle avait reçu ou par la description de la maladie qui mettait la vie de sa fille en danger – qu'elle ne pouvait autoriser la divulgation publique de sa vie intime et de détails de sa sphère privée.

Dans le roman de Maxim Biller, de l'avis du tribunal, le cumul de traits identifiants faisait qu'il était impossible même à un lecteur ou une lectrice au fait de la création littéraire de reconnaître que la personne représentée ne fût pas réelle. Car ni la postface, ni la préface ajoutée à la suite de l'arrêt rendu en première instance, n'exposaient suffisamment clairement qu'il s'agissait d'une fiction. (BVerfG, arrêt du 13 juin 2007)

Il se dessine ainsi en Allemagne, par rapport à l'arrêt Mephisto, un déplacement dans la perception du rapport de la littérature à la réalité, au détriment de la liberté artistique.

La vision encore plus étroite du Tribunal fédéral helvétique

Le Tribunal fédéral suisse, qui a toujours été très rigide à l'égard de la création artistique, affirme dans un arrêt datant de 1994 : « S'il n'est pas établi que, dans un livre, un exposé portant atteinte à la personnalité correspond à la vérité, l'auteur ne peut pas faire valoir, pour justifier l'atteinte à la personnalité, qu'il a voulu relater la réalité avec des moyens artistiques. »

Le litige avait été déclenché par une « contribution culturelle d'une brûlante actualité aux festivités du 700e anniversaire » de la Confédération, un livre d'Anita Derungs intitulé *Jubilierende soziale Hohlfahrt im Kanton Aargau* [Voyage social jubilatoire dans le vide du canton d'Argovie]. L'autrice écrivait à propos d'un certain Willi W. existant réellement qu'il était, entre autres, un « répugnant cochon-chou blanc de fonctionnaire », « bête comme ses pieds », ou qu'il avait « traîné à la cuisine une pensionnaire de maison de retraite pour lui arracher sa signature sur un acte de saisie ».

Certes, le Tribunal fédéral reconnaît aussi que dans une démocratie d'état de droit, il existe un intérêt non négligeable à protéger la liberté de l'art en tant qu'aspect de la liberté d'opinion. Cependant : « L'activité artistique doit respecter le cadre de l'ordre juridique. L'artiste doit lui aussi respecter les droits de la personnalité d'autrui. » Dans la pesée des intérêts entre protection de la personnalité et liberté artistique, il faut prendre en considération « les possibilités qui étaient offertes à l'artiste de créer son oeuvre sans porter d'atteinte à la personnalité ». Dans ce cas concret : « S'il s'agit de fiction [...] et non de la représentation d'un fait réel, l'on peut exiger de l'auteure qu'elle agence son histoire fictive de telle sorte que le lecteur n'en déduise pas qu'il est question de la personne réelle. » Il en va de même des gros mots employés. Pour le Tribunal fédéral, « ce genre de créations verbales peut bien marquer le style d'un livre en tant qu'expression de la liberté artistique. Cela ne signifie pas pour autant que l'art permette aussi de diffamer par ces expressions des personnes qui existent réellement. » (ATF 120 II 225)

Ce faisant, le Tribunal fédéral n'exerce pas seulement le contrôle de la légalité, mais aussi une tutelle administrative sur les actes. De plus, l'auteure aurait dû prouver que les propos publiés sur Willi W. correspondaient à la réalité. Le Tribunal fédéral a confirmé tout récemment cette pratique dans un arrêt rendu contre l'auteur du roman *Wie viel wert ist Rosmarie V.?* [Combien vaut Rosmarie V. ?]. Le livre traite d'une jeune femme que sa recherche du bonheur conduit dans une haute vallée suisse, où elle épouse un paysan installé là. Selon le

roman, le frère du mari est un homme pulsionnel et violent, qui a fait chanter Rosmarie, l'a violée et lui a, même sans cela, fait mener une existence infernale. La belle-mère n'apparaît pas non plus sous un jour très reluisant.

Etant donné que l'auteur n'a rien démontré devant le tribunal quant à la liberté artistique en tant que justification des atteintes portées à la personnalité du frère, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que ces atteintes « existaient déjà sur la base du texte imprimé en tant que tel. De ce point de vue-là, elles sont comparables aux atteintes à la personnalité contenues par exemple dans une lettre. Peu importe à cet égard que d'autres lecteurs du roman litigieux aient pu ou non déduire qu'il était question du défendeur [le frère]. » (ATF 5A_188/2008 du 25 septembre 2008)

D'après cette jurisprudence, la « réalité plus vraie » d'un texte littéraire joue un rôle très secondaire. La transformation permise de la vie en littérature trouve déjà ses limites dans la possibilité subjective des personnes concernées de se reconnaître et, le cas échéant, dans le regard des lecteurs et lectrices « impartiaux ».

Une chance que Hugo Loetscher n'ait pas eu à se justifier devant les tribunaux suisses, mais devant une cour allemande.

Regula Bähler, conseillère juridique de l'AdS