

## CECI N'EST PAS UNE CENSURE

### SUR LES RAPPORTS ENTRE LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE ET LIBERTÉ DE RELIGION

Les juristes pressés vous le diront : dans un régime démocratique, la censure *ça n'existe pas*. Pour aboutir à ce constat, ils se livrent, il est vrai, à l'une de leurs techniques favorites : donner aux mots qu'ils emploient le sens approprié aux objectifs poursuivis par l'énoncé juridique dans lequel ces mots sont utilisés. Or ce sens spécifique peut différer, en tout ou en partie, du ou des sens commun(s) du terme auquel il est recouru. Si, dans un ordre juridique démocratique, il ne peut y avoir de censure, c'est donc essentiellement en raison de la définition retenue du vocable « censure » : par là, il faut entendre essentiellement, du point de vue des catégories traditionnelles du droit public, un mécanisme de contrôle *a priori* des discours et des signes susceptibles de circuler dans l'espace public. Dans le discours tenu par l'expert du droit, sera donc appelé « censure », le régime dans lequel une autorité, désignée selon les modalités prévues par le système juridique dont elle est l'organe, est spécifiquement habilitée à contrôler le contenu de tout support matériel (écrits, œuvres audiovisuelles, représentations picturales, etc.) d'une idée ou d'une opinion, afin de déterminer si ce support peut, ou non, être mis en circulation au regard d'un certain nombre de critères, préalablement déterminés ou non. En d'autres termes, il s'agit là d'un régime « préventif », où le risque de dissémination des discours jugés dangereux, mal-faisants, nuisibles, etc., est en quelque sorte attaqué à la racine. Dans cette perspective, il est clair que de nombreux régimes dictatoriaux, voire totalitaires, fonctionnent à la censure, ainsi entendue.

Par opposition, un régime démocratique se caractérise, dit-on, par la liberté d'expression. Cette autre modalité de circulation des discours dans l'espace public consiste à refuser tout contrôle *a priori*, par quelque instance que ce soit, du contenu de ceux-ci. Il n'en reste pas moins que la liberté d'expression, comme tout autre droit ou liberté, peut faire l'objet d'abus, d'usages fautifs, de débordements dommageables. Ces derniers peuvent, le cas échéant, être poursuivis devant les juridictions et même sanctionnés, si les reproches formulés à leur en-

contre par l'instigateur de la procédure contentieuse sont en fin de compte considérés comme fondés au regard des dispositions, générales ou particulières, qui condamnent certaines façons d'user du droit à la libre expression. A l'opposé de la censure, le régime fondé sur la liberté d'expression est dit, pour cette raison, « répressif » ou *a posteriori*?. Il convient donc de bien garder en mémoire ce que parler veut dire dans un système juridique dominé par le principe de liberté d'expression : non pas licence de tout dire dans une totale impunité mais bien droit de le dire, au risque de s'exposer, dans certaines circonstances, à des poursuites ultérieures, de nature à déboucher sur des sanctions civiles (dommages et intérêts dus à la ou aux victime(s) d'un énoncé jugé irrégulier) ou pénales (amende ou, plus rarement, peine d'emprisonnement).

La sanction prévue en cas d'usage fautif de la liberté d'expression emporte une double conséquence : d'une part, elle a pour objet de punir le contrevenant et de réparer le dommage causé ; d'autre part, elle a pour effet de prévenir la répétition d'abus analogues en raison de l'effet dissuasif qui s'y attache. Mais alors, demandera l'historien ou le sociologue, un tel mécanisme n'engendre-t-il pas lui aussi des effets de censure ou, à tout le moins, d'auto-censure pour l'avenir ? A quoi le juriste aura beau jeu de répondre : la censure dont vous parlez n'a pas le même sens que celui que le droit retient ; ce que vous appelez « censure » ne l'est pas au regard de sa signification proprement juridique. Aussi, dans un dossier pluridisciplinaire consacré aux censures, faut-il constamment garder à l'esprit cet écart entre le discours juridique et les autres approches du phénomène de circulation des énoncés dans l'espace public et des restrictions qui lui sont imposées.

Du reste, même dans un système fondé sur le principe de liberté ainsi entendu, les mécanismes *a priori* ne sont pas totalement abolis. Ainsi, en droit belge, on a pu constater, dans un passé récent, que la juridiction des référés était susceptible de servir de véhicule à un contrôle préventif de la mise en circulation de certaines catégories d'énoncés ou de supports matériels d'énoncés. Le juge des référés, qui statue dans l'urgence et au provisoire, a en effet déjà été saisi, par exemple, de demandes d'interdiction de diffusion d'œuvres audiovisuelles documentaires, voire de fiction, au motif que pareille diffusion serait de nature à causer un dommage irréparable au demandeur. Les graves mises en cause ou les lourdes accusations proférées, dans l'œuvre contestée, contre le demandeur justifieraient ainsi, dans certaines circonstances, la suspension, voire l'interdiction pure et simple de sa diffusion. Au demeurant, le juge saisi a parfois accédé à de telles demandes<sup>2</sup>.

Il arrive même que des mécanismes généraux de contrôle *a priori* (par exemple, dans le domaine cinématographique où il est courant, dans de nombreux États, de soumettre les œuvres vouées à être diffusées au visa de l'autorité compétente, qui se charge de les ranger dans telle ou telle classification<sup>3</sup>), combinés à des dispositions pénales particulières, aboutissent à des mesures de res-

triction préalable qui se traduisent par l'interdiction, totale ou partielle, de diffusion de l'œuvre, c'est-à-dire par une censure juridique pure et simple. J'y reviendrai ultérieurement.

C'est dire donc qu'au sein même d'un régime de liberté d'expression, subsistent des poches de censure, non plus certes, la plupart du temps, pour défendre le pouvoir en place ou l'idéologie officielle mais en vue, par exemple, de protéger la dignité ou l'honorabilité des personnes ou bien encore de garantir le respect dû à telle ou telle catégorie de personnes, de fonctions ou de discours.

Analyser cette dialectique de la liberté d'expression s'avère particulièrement instructif dans un domaine qui semble avoir été privilégié, ces dernières années, comme terrain d'expérimentation des limites à lui assigner : celui des manifestations artistiques perçues comme attentatoires à certaines croyances religieuses et du traitement qui devrait leur être réservé. Lorsqu'un film, une chanson, une pièce de théâtre, un dessin, etc., se réfèrent, d'une manière ou d'une autre, à une croyance religieuse et en livre une certaine représentation (ou livre une représentation de l'un ou l'autre de ses aspects), sur le mode satirique ou caricatural par exemple, il est de plus en plus courant que certains fidèles de la croyance religieuse représentée s'en offusquent et estiment que la liberté artistique (dont je montrerai dans un instant qu'elle est généralement considérée, dans les systèmes juridiques démocratiques, comme une manifestation de la liberté d'expression) méconnaît alors leur droit de ne pas être troublé dans la jouissance paisible de leur foi. Dans cette perspective, la liberté artistique outrepasserait les limites autorisées, en tant qu'elle heurterait de front une autre liberté - la liberté religieuse en l'occurrence - et son corollaire - le respect dû à la foi des fidèles. Le droit retranscrit donc cette opposition en un conflit de libertés : liberté d'expression *v.* liberté de religion. En quoi ce conflit se résout-il parfois par la résurgence de la censure, au sens juridique du terme, ou, à tout le moins, par des effets sociaux de censure ou d'auto-censure, en un sens extra-juridique cette fois, c'est ce que la présente contribution s'efforcera de démontrer. Pour ce faire, je procéderai en trois temps : j'examinerai d'abord la situation sous l'angle, désormais déterminant, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et de la jurisprudence subséquente de la Cour européenne des droits de l'homme ; ensuite, je poursuivrai l'analyse à la lumière du droit français et, en particulier, des débats judiciaires relatifs à la publication, par le périodique *Charlie Hebdo*, de caricatures de Mahomet ; je m'efforcerai, enfin, de mesurer l'incidence des techniques juridiques ainsi mises en lumière sur le processus de circulation des énoncés dans l'espace public et d'esquisser une évaluation critique de la tendance jurisprudentielle analysée.

## LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE VS LIBERTÉ DE RELIGION SELON LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

L'article 10, § 1er de la CEDH porte que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radio-diffusion, de cinéma et de télévision à un régime d'autorisations ». Dans une formule aux allures de principe, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la liberté d'expression, « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique », « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »<sup>4</sup>. Il résulte également de sa jurisprudence que l'article 10 CEDH englobe la liberté d'expression artistique, en tant que cette dernière permet de participer à l'échange public d'informations et idées culturelles, politiques et sociales<sup>5</sup> ; dès lors, les Etats parties à la Convention ont l'obligation de ne pas empêcher indûment sur la liberté des artistes qui créent<sup>6</sup>.

La troisième phrase de l'article 10, § 1er autorise certes les Etats à subordonner certaines activités susceptibles de relever du domaine artistique (radiodiffusion, télévision, cinéma) à des mécanismes d'autorisation préalable, essentiellement justifiés par des raisons techniques (par exemple, les fréquences hertziennes sont des biens rares et il revient alors à une autorité le plus souvent nationale d'octroyer préalablement ces fréquences, moyennant une procédure d'appel d'offres ou d'agrément) ou par le souci d'encadrer la diffusion d'œuvres audiovisuelles à destination des mineurs. Pour le reste, la liberté d'expression par le biais de moyens de communication audiovisuelle est également protégée par la Convention.

En son principe, l'article 10 semble donc consacrer un régime particulièrement libéral en matière de diffusion des opinions et des pensées, en ce compris lorsque cette diffusion revêt la forme de réalisations artistiques.

Le droit ainsi proclamé n'est pas absolu pour autant ; le § 2 de l'article 10 prévoit en effet que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

Dans cette énumération, il convient d'abord de distinguer des justifications qui

tiennent en quelque sorte à l'*imperium* de l'Etat et à des missions relevant de ce qu'on appelle sa « souveraineté » : sécurité nationale, intégrité territoriale, défense de l'ordre et prévention du crime, autorité et impartialité du pouvoir judiciaire. Il y a ensuite des préoccupations qui ne concernent pas seulement l'Etat mais la population installée sur son territoire : santé et morale (en ce sens qu'on parlera de « morale sociale » - ce qui est tenu pour bien ou mal par la majorité de la population d'un même lieu) mais également divulgation d'informations confidentielles (le caractère confidentiel pouvant aussi bien importer à l'autorité publique - par exemple, pour les données récoltées pendant une instruction judiciaire gouvernée par le principe du secret - qu'à des particuliers - par exemple, s'agissant d'informations dont serait dépositaire une personne astreinte au secret professionnel<sup>7</sup>). Enfin, l'ultime exception (« la protection de la réputation ou des droits d'autrui ») semble viser les particuliers en tant que tels : la répression de l'injure publique ou de la diffamation peut ainsi s'expliquer par un tel souci. Or cette dernière justification va connaître d'amples développements, et parfois des plus inattendus, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'arrêt topique en la matière a été rendu le 20 septembre 1994 dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*. Les faits étaient les suivants : l'association requérante, dont le siège était sis à Innsbruck, gérait notamment un cinéma où elle avait programmé, du 13 au 19 mai 1985, six projections du film « *Das Liebeskonzil* » de Werner Schroeter, tiré d'une pièce de théâtre d'Oskar Panizza représentée en 1895 et pour laquelle l'auteur fut condamné pour blasphème. Dans une annonce parue dans le périodique relatant la programmation à venir, l'*Otto-Preminger-Institut* précisait que « Panizza part de l'idée que la syphilis est le châtiment de Dieu pour la fornication et le péché auxquels se laissait aller l'humanité sous la Renaissance, surtout à la cour du pape Borgia Alexandre VI [...]. Sur le mode de la caricature, l'auteur prend pour cibles les représentations figuratives simplistes et les excès de la foi chrétienne, et il analyse les croyances religieuses et les mécanismes d'oppression temporels ». Le bulletin d'information ajoutait qu'en vertu de la loi tyrolienne sur le cinéma, le film était interdit aux mineurs de moins de dix-sept ans.

Le 10 mai 1985, à la requête du diocèse d'Innsbruck de l'Eglise catholique romaine, le procureur intenta des poursuites contre le gérant de l'association sur la base de l'article 188 du code pénal autrichien, en vertu duquel « quiconque dénigre ou bafoue, dans des conditions de nature à provoquer une indignation légitime, une personne ou une chose faisant l'objet de la vénération d'une Eglise ou communauté religieuse établie dans le pays, ou une doctrine, une coutume autorisée par la loi ou une institution autorisée par la loi de cette Eglise ou communauté encourt une peine d'emprisonnement de six mois au plus ou une peine pécuniaire de 360 jours amendé au plus ». Dans la mesure où l'objet nécessaire à la commission de l'infraction à venir consistait en une bo-

bine cinématographique, de surcroît seul et unique support du film controversé, le procureur en requit la saisie immédiate sur pied de l'article 36 de la loi sur les medias — mesure conservatoire préparatoire à la mesure de confiscation proprement dite, destinée, elle, à éviter toute violation de l'article 188 du code pénal pour le futur.

La saisie fut autorisée, après projection à huis clos, le 12 mai 1985 par le tribunal régional d'Innsbruck et la confiscation, prévue par l'article 33 de la loi sur les medias, fut prononcée par un jugement du même tribunal en octobre 1986. Le tribunal se référa en particulier à l'argument du film : « [...] textes et images présentent Dieu le Père comme un idiot sénile et impotent, le Christ comme un crétin et Marie Mère de Dieu comme une dévergondée au langage correspondant [...] l'Eucharistie est tournée en ridicule ». Le film litigieux, « essentiellement provocateur et anticlérical », répondait donc bien « à la définition du délit de dénigrement de doctrines religieuses au sens de l'article 188 du code pénal ».

Les divers recours introduits contre les mesures de saisie et de confiscation furent rejetés car les décisions du tribunal régional d'Innsbruck furent considérées comme conformes à l'état du droit autrichien alors en vigueur.

Il restait alors à l'association *Otto-Preminger-Institut* à se tourner vers la Cour européenne des droits de l'homme afin de faire constater l'éventuelle incompatibilité des décisions rendues avec la CEDH et, en particulier, avec son article 10.

Après avoir eux-mêmes assisté à une projection de l'œuvre contestée et en avoir résumé le propos<sup>8</sup>, les juges européens rejetèrent le recours selon un raisonnement qu'il importe de suivre dans le détail. De façon générale, afin de déterminer si des restrictions à la liberté d'expression sont admissibles à la lumière de l'article 10, §2 CEDH, la Cour procède en quatre temps : y a-t-il ingérence de l'Etat dans l'exercice de la liberté d'expression ? cette ingérence est-elle prévue par la loi ? l'ingérence poursuit-elle un but légitime ? est-elle nécessaire dans une société démocratique ? Si l'ingérence est légalement prévue, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique, la limitation à la liberté d'expression est admise au regard de la CEDH.

En l'espèce, elle répondit affirmativement aux deux premières questions : les mesures de saisie et de confiscation opérées avant même la diffusion du film<sup>9</sup> constituaient bel et bien des ingérences, au sens de la CEDH, mais elles n'en étaient pas moins prévues par la loi (application combinée des articles 188 du code pénal et 33 et 36 de la loi sur les medias).

Poursuivaient-elles néanmoins un but légitime ? La question revenait à se demander si les restrictions apportées à la liberté d'expression pouvaient être justifiées par l'un ou l'autre des motifs énumérés par l'article 10, §2 CEDH. Ici encore, la Cour répondit par l'affirmative. Selon elle, les mesures prises se justi-

fiaient par l'exigence de « protection de la réputation et des droits d'autrui ». C'est à cette étape du raisonnement que l'expression de « créativité judiciaire » prend tout son sens.

C'est qu'aux côtés de la liberté d'expression, la CEDH, consacre bien d'autres droits et libertés, parmi lesquelles on retiendra, pour les besoins du présent exposé, la liberté de religion : « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites »<sup>10</sup>. Nous qui pensions naïvement que pareille prérogative, traditionnellement rangée dans la catégorie des droits-libertés<sup>11</sup>, n'emportait que l'obligation, à charge des pouvoirs publics, de ne pas contrecarrer, empêcher ou décourager le libre exercice des croyances religieuses ou convictionnelles, nous en sommes pour nos frais : en effet, si « ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de tout critique » et « doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi », il n'en reste pas moins que « la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité de l'Etat, notamment celle d'assurer à ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9 »<sup>12</sup>. En effet, dans des cas extrêmes, le recours à des méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peut aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer »<sup>13</sup>. C'est que certaines représentations de la religion peuvent en effet passer pour « une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique »<sup>14</sup>. La Cour déduit donc de l'article 9 CEDH un « droit à la jouissance paisible de sa foi » dont le titulaire aurait même la possibilité d'exiger de l'Etat qu'il prenne des mesures positives en vue d'en garantir la plénitude : voici donc la liberté religieuse érigée, contre toute attente, à la dignité de droit-créance<sup>15</sup> ! En bonne logique, il en résulte qu'un Etat qui, conférant une large portée à la liberté d'expression au point de ne prévoir aucune sanction contre les discours tenus à l'égard des religions<sup>16</sup>, pourrait le cas échéant se voir reprocher de ne pas respecter l'article 9 CEDH tel qu'interprété par la Cour.

Corrélativement, l'obligation peut dès lors être imposée, dans le chef de ceux qui discutent sur les doctrines religieuses, « d'éviter autant que faire se peut<sup>17</sup> des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain »<sup>18</sup>.

Encore faut-il que l'ingérence étatique soit nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre le but légitime ainsi reconnu. En d'autres termes, la mesure restrictive doit être proportionnée à l'objectif poursuivi. Cette nécessité s'apprécie à la lumière de différents critères. Les principaux sont au nombre de trois.

D'abord, de même que la morale, la nécessité de protéger les convictions religieuses contre des attaques « gratuitement offensantes » dépend du contexte social, c'est-à-dire, en dernière instance, de la place de la religion dans la société, étant entendu que tous les Etats parties à la CEDH n'ont pas développé une conception uniforme sur ce point : ce qui est gravement offensant ici ne l'est peut-être pas là-bas. Du reste, admet la Cour dans une autre affaire, « on ne saurait exclure qu'un message, qui n'est à première vue pas offensant, puisse, dans certaines conditions, se révéler tel »<sup>19</sup>. Le caractère proportionné de la mesure attentatoire à la liberté d'expression est donc d'abord tributaire de la situation concrète au sein de l'Etat qui en est l'auteur.

Ensuite, la publicité donnée à ces attaques : selon le support utilisé, l'atteinte à la jouissance paisible de la foi peut être d'une intensité variable. Ainsi, la diffusion par des moyens de communication audiovisuelle (télévision, cinéma) est de nature à toucher un bien plus grand nombre de personnes que, par exemple, la forme littéraire ; les restrictions à la liberté d'expression seront d'autant plus aisément admissibles qu'elles touchent des formes assurant une plus large publicité aux offenses<sup>20</sup>. L'argument, invoqué dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut*, selon lequel l'accès au cinéma pour voir le film litigieux était soumis au paiement d'un droit d'entrée et à une condition d'âge n'était pas de nature à élever le raisonnement de la Cour — le film ayant déjà fait l'objet, selon elle, d'une large publicité<sup>21</sup>. En d'autres termes, le fait que, pour voir l'œuvre en cause, il fallait le vouloir au point de payer était inopérant ; la simple annonce de sa diffusion prochaine constituait une publicité suffisante pour justifier des mesures de restriction.

Enfin, la gravité de la mesure restrictive : plus l'atteinte à la liberté d'expression est modérée, plus elle a de chances de passer le cap du test de proportionnalité. Ainsi, dans une affaire concernant la condamnation de l'éditeur d'un ouvrage diffusé en Turquie pour avoir injurié par voie de publications « Dieu, la Religion, le Prophète et le Livre Sacré » (incriminé par l'article 175, §§ 3 et 4 du code pénal turc), la Cour a retenu, au titre de la proportionnalité, le fait que « les juridictions nationales n'ont pas décidé la saisie du livre » et a estimé que « la condamnation à une peine d'amende insignifiante paraît proportionnée au but visé »<sup>22</sup>. Il reste que des mesures beaucoup plus radicales, telles que la saisie et la confiscation d'un film en vue d'en interdire la diffusion<sup>23</sup> ou bien encore le refus d'octroi d'un visa en vue de la vente, de la location ou la diffusion de quelque manière que ce soit d'un film vidéo dans tout ou partie du grand public, empêchant de fait sa diffusion, au motif que l'œuvre litigieuse serait

constitutive du délit de blasphème<sup>24</sup>, n'ont pas été déclarées disproportionnées par la Cour. Il s'agissait, il est vrai, dans le premier cas de « protéger la paix religieuse dans cette région [le Tyrol, très majoritairement catholique, NDA] et [d']empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante »<sup>25</sup> et, dans le second, de « protéger contre le traitement d'un sujet à caractère religieux d'une manière "qui est de nature à choquer (dans le sens de susceptible de, et non de conçue pour choquer) quiconque connaît, apprécie ou fait siennes l'histoire et la morale chrétiennes, en raison de l'élément de mépris, d'injure, d'insulte, de grossièreté ou de ridicule que révèlent le ton, le style et l'esprit caractérisant la présentation du sujet" »<sup>26</sup>.

La Cour reconnaît en outre aux autorités nationales un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de ces directives, au motif qu'elles seraient mieux à même de mesurer les paramètres concrets à l'aune desquels évaluer la proportionnalité de la mesure à prendre, en particulier l'état de la société au sein de laquelle doit s'apprécier le caractère offensant ou injurieux d'un discours en matière de religion : « Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui comme sur la "nécessité" d'une "restriction" destinée à protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés »<sup>27</sup>.

La marge de manœuvre des Etats n'est toutefois pas illimitée : « il appartient (...) à la Cour de statuer de manière définitive sur la compatibilité de la restriction avec la Convention et elle le fait en appréciant, dans les circonstances de la cause, notamment<sup>28</sup>, si l'ingérence correspond à un "besoin social impérieux" et si "elle est proportionnée au but légitime visé" »<sup>29</sup>. Du reste, le contrôle de la Cour varie en fonction du domaine dans lequel des restrictions à la liberté d'expression sont apportées : si l'article 10, § 2 CEDH laisse très peu de place aux restrictions qui visent les discours politiques ou les débats sur des questions d'intérêt général<sup>30</sup>, les Etats ont en revanche une plus grande marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou, plus particulièrement, de la religion<sup>31</sup>. Implicitement, cette approche signifie que les controverses, publications, réalisations artistiques relatives aux doctrines religieuses ne sont, selon la Cour, ni politiques ni d'intérêt général.

Ainsi donc, dans les trois plus importants arrêts en matière d'atteinte à des doctrines ou des symboles religieux au moyen d'œuvre qualifiables d'artistiques<sup>32</sup>, la Cour a chaque fois avalisé la restriction à la liberté d'expression.

Encore faut-il souligner que cette jurisprudence ne s'est pas faite sans ré-

sistances : aucun des trois arrêts n'a été rendu à l'unanimité et chacun a donné lieu à la publication d'opinions dissidentes.

Certaines méritent de retenir l'attention pour leur côté pittoresque : ainsi, dans l'affaire *Wingrove*, un des juges a-t-il regretté que le délit de blasphème, limité en droit anglais à la seule foi anglicane, n'ait pas été étendu aux autres confessions afin de tenir compte de la dimension désormais multiculturelle de la société anglaise - ce qui, on le concède, traduit un louable souci de non-discrimination<sup>33</sup>.

D'autres opinions dissidentes se sont pour l'essentiel opposées à la majorité sur la question du caractère « nécessaire dans une société démocratique » des restrictions imposées par les États en cause. Ainsi, dans l'opinion dissidente commune aux juges Palmet, Pekkanen et Makarczyk dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut*, l'accent est mis sur le caractère préalable de la mesure (véritable censure au sens juridique, on l'a dit) pour en souligner le caractère disproportionné : « la nécessité d'une action répressive prenant la forme d'une interdiction complète de l'exercice de la liberté d'expression ne peut être acceptée que si le comportement incriminé atteint un niveau tellement élevé d'insulte et se rapproche tellement d'une dénégation de la liberté de religion d'autrui qu'il perd pour lui-même le droit d'être toléré par la société »<sup>34</sup>. Or, selon les juges, compte tenu des précautions prises par l'association requérante, tel n'était pas le cas en l'espèce.

Dans l'affaire *Wingrove*, le juge Lohmus a rappelé qu'« (...) il arrive souvent que des impressions artistiques soient transmises par des images ou des situations susceptibles de choquer ou d'inquiéter un individu de sensibilité moyenne. A mon avis, les auteurs du film litigieux n'ont pas dépassé la limite raisonnable au-delà de laquelle on peut dire qu'il y a injure ou ridicule à l'égard d'objets de vénération religieuse »<sup>35</sup>.

Enfin, dans l'opinion dissidente commune aux juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert, rendue dans le cadre de l'affaire *L.A. c. Turquie*<sup>36</sup>, le caractère beaucoup plus limité de l'offense faite à la religion, lié au fait qu'il s'agissait en l'espèce d'un roman imprimé à deux mille exemplaires et n'ayant fait l'objet d'aucune réédition, est souligné pour mettre en doute le respect, *in casu*, de l'exigence de proportionnalité. De surcroît, la circonstance que les poursuites avaient été diligentées par le parquet et non par un particulier s'estimant insulté dans sa foi, sur la base d'un article du code pénal incriminant le fait d'injurier par voie de publications Dieu, la Religion, le Prophète et le Livre Sacré, est également retenue par les juges pour critiquer le caractère selon eux disproportionné de la condamnation de l'éditeur : « une société démocratique n'est pas une société théocratique »<sup>37</sup>. La position majoritaire relative à la modicité de la sanction n'échappe pas davantage aux critiques : « la liberté de la presse touche à des questions de principe, et toute condamnation pénale a ce qu'on appelle en

anglais un *chilling effect*, propre à dissuader les éditeurs de publier des livres qui ne soient pas strictement conformistes, ou "politiquement (ou religieusement) corrects". Un tel risque d'autocensure est très dangereux pour cette liberté, essentielle en démocratie, sans parler de l'encouragement implicite à la mise à l'index et aux "fatwas" »<sup>38</sup>. Plus fondamentalement encore, les faiblesses de la jurisprudence issue de l'arrêt *Otto-Preminger-Institut* ont semblé suffisamment sérieuses aux juges dissidents pour qu'ils concluent qu'« il est peut-être temps de "revisiter" cette jurisprudence, qui nous semble faire la part trop belle au conformisme de la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de la presse »<sup>39</sup>.

Si donc la question de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique a été contestée à plusieurs reprises, c'est moins le cas pour ce qui m'apparaît pourtant comme le véritable vice de cette construction jurisprudentielle, à savoir que l'article 9 CEDH comporte, au nom de la tolérance devant régner dans une société démocratique, un droit au respect de toute croyance religieuse, susceptible de justifier une ingérence des États parties à la CEDH dans l'exercice de la liberté d'expression. On retiendra juste que, dans leur opinion dissidente rendue à l'occasion de l'affaire *Otto-Preminger-Institut*, les juges Palmet, Pekkanen et Makarczyk admettent que « La Convention ne garantit pas explicitement un droit à la protection des sentiments religieux. Plus précisément, semblable droit ne peut être dérivé du droit à la liberté de religion qui, en réalité, inclut un droit d'exprimer des vues critiquant les opinions religieuses d'autrui »<sup>40</sup>. Plus fondamentalement, il s'agit, me semble-t-il, d'un réel contresens à l'aune de la conception libérale des droits de l'homme, qui fut à l'origine de la conclusion de la CEDH en 1950 ; j'y reviendrai dans la dernière partie de la présente contribution.

## LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE VS LIBERTÉ DE RELIGION EN DROIT FRANÇAIS : L'AFFAIRE CHARLIE HEBDO

Après le cinéma et la littérature, en cause dans les espèces portées devant la Cour européenne des droits de l'homme, c'est au tour du dessin de presse d'être la cible de mouvements religieux dans la fameuse affaire de la publication, par l'hebdomadaire *Charlie Hebdo*, de caricatures de Mahomet. Le litige ayant été porté devant les juridictions françaises, c'est donc à l'aune du droit français que le débat devait être tranché.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse définit l'injure comme « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait »<sup>41</sup> et punit d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 22500 euros d'amende l'injure commise notamment « envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »<sup>42</sup>.

C'est sur cette base que, entre autres, la Mosquée de Paris, l'Union des organisations islamiques de France et la Ligue islamique mondiale déposèrent plainte avec constitution de partie civile contre le directeur de la publication de l'époque, Philippe Val. Elles reprochaient en particulier à trois des caricatures publiées de constituer le délit d'injure au sens de la loi du 29 juillet 1881.

La première, reproduite en couverture de *Charlie Hebdo*, représentait Mahomet se tenant la tête dans les mains et disant : « c'est dur d'être aimé par des cons ». La caricature était surmontée du titre « Mahomet débordé par les intégristes ». La deuxième et la troisième caricatures étaient empruntées au journal danois qui les avait publiées en premier lieu. Elles avaient suscité des réactions violentes un peu partout dans le monde et avaient même conduit au licenciement du directeur de la publication de *France Soir*, qui avait pris la décision de les publier dans son journal. C'est dans ce contexte que *Charlie Hebdo*, invoquant la liberté d'expression, avait à son tour procédé à la publication de ces caricatures. L'une d'elles représentait Mahomet accueillant des terroristes sur un nuage et s'exprimant en ces termes : « *Stop stop we ran out of virgins !* ». L'autre représentait le Prophète coiffé d'un turban détourné en une bombe au détonateur allumé.

Dans un jugement du 22 mars 2007, le tribunal correctionnel de Paris prononça la relaxe de Philippe Val et rejeta l'action civile des associations requérantes. Pour ce faire, le tribunal rappela d'emblée le contexte de la publication : *Charlie Hebdo* « est un journal satirique, contenant de nombreuses caricatures, que nul n'est obligé d'acheter ou de lire, à la différence d'autres supports tels que des affiches exposées sur la voie publique »<sup>45</sup>. Du reste, le genre même de la caricature suppose un certain excès, une exagération délibérée, un recours systématique au ridicule ou au grotesque. Or, ce genre littéraire, « bien que délibérément provocant, participe à ce titre de la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions ». C'est dans ce cadre préalable-ment tracé — publicité limitée et spécificité du genre « caricature » — que le tribunal correctionnel de Paris examina ensuite, un à un, les divers dessins contestés.

En ce qui concerne le premier d'entre eux, le tribunal estima que la caricature, quoique contenant un terme outrageant (« cons »), ne pouvait se comprendre que comme se référant aux seuls « intégristes », expressément visés par le titre surmontant la caricature. A ce titre, il ne visait pas l'ensemble des musulmans et ne constituait donc pas une injure visant un « groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion déterminée ».

Le second dessin, s'il se référait au Coran selon lequel celui qui accomplit certains actes de foi sera promis, au paradis, à la compagnie de jeunes femmes vierges, n'en devait pas moins être interprété, selon le tribunal, comme visant clairement les attentats-suicides perpétrés par certains musulmans et montrant

Mahomet demandant à ces derniers d'y mettre fin. En ce sens, il ne visait, pas davantage que le précédent, l'ensemble des musulmans en raison de leur religion.

La troisième caricature était la plus controversée, selon le tribunal, en ce sens « que la représentation d'une bombe formant le turban même du prophète symbolise la violence terroriste dans nos sociétés contemporaines [et] que l'inscription de la profession de foi musulmane sur la bombe, dont la mèche est allumée et prête à exploser, laisse clairement entendre que cette violence terroriste serait inhérente à la religion musulmane ». En ce sens, « ce dessin apparaît, en soi et pris isolément, de nature à outrager l'ensemble des adeptes de cette foi et à les atteindre dans leur considération en raison de leur obédience, en ce qu'il les assimile — sans distinction ni nuance — à des fidèles d'un enseignement de la terreur ». Néanmoins, ce dessin ne saurait précisément être analysé indépendamment du contexte de sa publication et, en particulier, de la couverture éditorialisant l'ensemble du contenu, présenté comme un acte de résistance contre les intimidations envers les journalistes menacés ou sanctionnés. En ce sens, « il ne peut qu'être regardé comme participant à la réflexion dans le cadre d'un débat d'idées sur les dérives de certains tenants d'un islam intégriste ayant donné lieu à des débordements violents ».

L'Union des organisations islamiques de France interjeta appel de la décision du tribunal correctionnel de Paris mais cet appel fut rejeté par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 mars 2008. La Cour confirma que « les caricatures poursuivies comme toutes celles qui figurent dans ce numéro de l'hebdomadaire ont, par leur publication, participé au débat d'intérêt général sur la liberté d'expression mise à mal par la polémique, les intimidations et certaines réactions suscitées par leur diffusion dans le journal danois ».

La troisième des caricatures restait néanmoins la plus problématique en ce que, prise isolément, elle était susceptible d'être interprétée, selon la Cour, comme une expression injurieuse à l'égard de l'ensemble des fidèles de confession musulmane et, par conséquent, de se rapprocher de l'incrimination portée par l'article 33, al. 3 de la loi du 29 juillet 1881. Toutefois, le contexte de la publication conduisit à son tour la Cour à absoudre, si l'on ose écrire, ce dernier dessin.

Dans le contexte du droit français, le principe constitutionnel de la liberté d'expression (du reste également consacré au plan international, comme on l'a vu avec la CEDH) ne pouvait donc, dans le cas d'espèce, être restreint en application de l'incrimination d'injure en raison de l'appartenance d'une personne ou d'un groupe de personnes à une religion déterminée.

## LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE VS LIBERTÉ DE RELIGION : QUELQUES REMARQUES CRITIQUES EN GUISE DE CONCLUSION

La tradition juridique européenne accorde une place importante à la liberté d'expression mais n'en admet pas moins que des limites parfois importantes lui soient assignées. Lorsque cette liberté est exercée dans le domaine artistique et que son usager propose, dans ce cadre, une représentation de doctrines religieuses ou de certains de leurs aspects, ces limites aboutissent parfois à réintroduire des mécanismes de censure, au sens juridique du terme, ou, à tout le moins, à favoriser des réactions sociales de censure (extra-juridique), voire d'autocensure.

D'une part, en effet, la Cour européenne des droits de l'homme a admis la compatibilité avec l'article 10 CEDH de mesures de restriction préalable (saisie et confiscation, refus d'octroi de visa empêchant la commercialisation) à l'encontre d'œuvres cinématographiques, au motif que les Etats parties avaient le droit de procéder à de telles mesures lorsque l'exercice de la liberté d'expression était susceptible d'offenser gravement les fidèles d'une confession religieuse déterminée (l'Eglise catholique romaine, d'un côté ; l'Eglise anglicane, de l'autre). C'est que la liberté de religion, consacrée par l'article 9 CEDH, impliquerait un droit, pour les fidèles, à la jouissance paisible de leur foi et que la protection de ce droit, en tant qu'il pourrait être froissé par un certain type d'exercice de la liberté d'expression, constituerait un but légitime de nature à justifier des restrictions à la circulation de certains énoncés dans l'espace public. Mieux même : en affirmant que les Etats peuvent engager leur responsabilité en cette matière, la Cour ne laisse-t-elle pas entendre que les autorités nationales auraient le devoir de restreindre la liberté d'expression dans l'hypothèse où elle serait perçue comme une grave offense faite à une confession religieuse ?

D'autre part, la Cour admet également des mécanismes punitifs à l'encontre d'usages abusifs de la liberté d'expression dans le domaine religieux. Ainsi, une condamnation pénale prononcée à l'encontre d'un éditeur pour avoir publié un ouvrage dénigrant la foi musulmane ne lui a pas paru disproportionnée. Au demeurant, il existe dans les droits nationaux - y compris ceux d'Etats profondément laïcs (comme le droit français) - des incriminations telles que l'injure faites aux personnes en raison, notamment, de leur appartenance à une religion déterminée. Dans la mesure même où, dans cette dernière configuration, les œuvres artistiques concernées ont pu circuler préalablement, il ne s'agit certes pas ici de censure au sens juridique du terme. Il n'en reste pas moins que toute décision judiciaire condamnant un prévenu sur la base de telles incriminations constitue en même temps un avertissement lancé à toute personne tentée de tenir à l'avenir un discours analogue à celui qui a conduit à la condamnation<sup>44</sup> ; à ce titre, elle produit un effet qui s'apparente à la censure puisqu'elle vise aussi à dissuader l'expression publique de futurs discours. En tout état de cause, elle est de nature à décourager tout artiste qui, à l'avenir, aurait souhaité exprimer,

selon des procédés analogues, certaines idées ou opinions sur les religions. En ce sens, elle produit à tout le moins un effet d'auto-censure<sup>45</sup>.

La liberté de religion implique-t-elle pour autant un « droit à la jouissance paisible de sa foi », ainsi que le laisse entendre la Cour européenne des droits de l'homme ? Tout dépend de ce que l'on entend par là.

S'il s'agit de préciser que l'Etat ne peut s'immiscer, par des mesures répressives ou vexatoires, dans l'exercice des cultes, cela va de soi puisque c'est, précisément, l'objet même de la liberté de conscience et de religion proclamée dans les Constitutions de nombreux Etats européens. Historiquement, en effet, cette liberté a été affirmée à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et tout au long du XIX<sup>e</sup> par les tenants du courant philosophique libéral<sup>46</sup>, si tant est que l'on puisse, avec Pierre Manent<sup>47</sup>, considérer le libéralisme avant tout comme une réponse à la question théologico-politique : comment faire en sorte que l'Etat s'affranchisse de toute religion officielle, qu'il soit, du point de vue des convictions religieuses, une instance neutre, sans perdre pour autant la haute valeur morale exprimée à travers la foi au profit de la société ? A cette question, le libéralisme répond : en déconfectionnalisant l'Etat et en garantissant simultanément, en faveur des individus, la liberté de conscience et de religion. Celle-ci se conçoit donc comme un droit individuel (celui d'adopter les convictions religieuses ou philosophiques de son choix et d'en suivre les rites), même si ce droit individuel s'exerce en communauté ou au vu et au vu de tous (dans certains lieux, à certaines occasions, dans certaines circonstances, etc.). De ce principe désormais constitutionnel, il convient alors de déduire une obligation, à charge de la puissance publique, de s'abstenir de toute mesure susceptible de troubler les diverses manifestations de convictions religieuses. La liberté de conscience et de religion est donc historiquement conçue comme un droit-liberté à l'encontre de l'Etat. Il n'est donc pas inexact d'affirmer que l'Etat ne peut, en vertu de ce droit, troubler la jouissance paisible de leur foi par les fidèles.

Par comparaison, la liberté d'expression, elle, est non seulement un droit individuel mais revêt également une forte dimension d'intérêt général dans une société démocratique. Elle contribue au débat public ; elle favorise l'échange des idées et des opinions ; elle ne relève donc pas exclusivement de la sphère privée ; il est même de son essence d'appartenir à la sphère publique.

Dans cette perspective, estimer que la liberté de religion implique en sus un droit à la jouissance paisible de sa foi susceptible de justifier des restrictions à la liberté d'expression dans le chef des individus constitue un grave contresens, au regard des conditions historiques d'émergence de ces deux prérogatives. Imaginons un instant qu'il en ait été effectivement ainsi : il faudrait alors supposer que les auteurs de ces Constitutions libérales ont volontairement érigé l'édifice constitutionnel des libertés sur des sables mouvants. En effet, à cette époque où la religion longtemps officielle venait d'être rejetée, de mauvaise



grâce est-on en droit de supposer, dans la sphère privée, on aurait ainsi, d'un même mouvement, offert à ses thuriféraires une arme déterminante pour peser sur le débat public en leur permettant d'invoquer le respect dû à leur foi, de manière à contrecarrer ou décourager toute une série de remises en cause de la confession dominante ! C'eût été, en quelque sorte, une manière de continuer à assurer la perpétuation des anciens privilèges de cette dernière en la protégeant contre les manifestations les plus vigoureuses et les plus radicales du droit à la libre expression. Cette interprétation n'a donc historiquement pas de sens. Or la CEDH est l'héritière de ces déclarations des droits qui fleurirent au XIX<sup>e</sup> siècle en Europe, tout au moins là où s'installèrent progressivement les démocraties dites « libérales ».

Certes, l'interprétation du droit évolue avec le temps et il est toujours possible à un juge de « découvrir » dans un texte ce que ses auteurs n'y avaient manifestement pas mis. Après tout, la situation aux XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles n'a-t-elle pas fondamentalement changé au sein même des régimes démocratiques européens ? Y a-t-il encore le moindre risque qu'une religion domine à ce point l'espace social qu'elle menacerait, par les procédures qu'elle engagerait contre ceux qui s'opposent à elles par des discours, la liberté d'expression ? Au contraire, à une époque de relativisme culturel et de pluralisme religieux, l'important n'est-il pas de laisser s'épanouir les diverses convictions, en évitant qu'elles soient d'emblée délégitimées par la multiplication de discours offensants ? En ce sens, les limites à la liberté d'expression ne seraient-elles pas le prix à payer pour le développement apaisé de nos sociétés multiculturelles ?

L'enfer est, il est vrai, pavé de bonnes intentions. D'une part, en effet, au sein du Conseil de l'Europe, les mesures les plus attentatoires à la liberté d'expression, au nom de la défense de la religion, sont, la plupart du temps, le fait d'Etats dans lesquels le pluralisme confessionnel n'est guère établi ou donne lieu à des tensions parfois violentes<sup>68</sup>. En conférant à ces pratiques un brevet de compatibilité avec la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme rend d'autant plus difficile l'apprentissage du pluralisme et donc de la controverse, puisqu'elle autorise ainsi à maintenir certaines opinions sous le boisseau. Elle va donc exactement à contre-courant de ce qu'elle prétend défendre. D'autre part, là même où une société multiconfessionnelle s'est mise en place de plus longue date, la jurisprudence de la Cour n'a conduit qu'à maintenir plus longtemps que de raison les antiques privilèges accordés à la religion officielle et dominante : tel a été, par exemple, le cas pour le Royaume-Uni dans l'affaire *Wingrove*. Le résultat obtenu ne s'est pas traduit par un meilleur dialogue et une meilleure compréhension mutuelle entre croyants et non-croyants, ni même entre croyants de confessions différentes.

Bref, le bénéfice tiré de cette jurisprudence peu réjouissante pour la liberté d'expression n'est guère manifeste, au point que l'on regretterait presque de ne pas s'en être tenu au contenu traditionnel de la liberté de religion, tel qu'il

résultat de son interprétation libérale : simple droit-liberté donc, et non droit-créance.

On se souviendra, au reste, que l'admissibilité de mesures de restriction à la liberté d'expression artistique avait été reconnue par la Cour, au motif que certaines représentations de doctrines religieuses constituaient « une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique ». Le cadavre de Voltaire a dû, si l'on en croit l'adage populaire, se retourner dans sa tombe. On croyait naïvement, en effet, que la tolérance consistait dans la capacité à accepter, dans l'espace public, des idées contradictoires, des discours iconoclastes, des énoncés incongrus, fussent-ils même exprimés dans un langage de combat ou avec une verve polémique, voire pamphlétaire. « Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battrai jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire » : n'est-ce pas cela, la tolérance ? Qu'on se détrompe : la tolérance, selon la Cour européenne des droits de l'homme, semble n'être rien d'autre que cette convenance sociale qui consiste à ne vexer ou à ne froisser personne ou, en tout cas, à vexer ou froisser le moins possible. Tout homme pétri de savoir-vivre ne peut qu'adhérer à ce sage conseil de courtoisie mais tout individu attaché à la liberté d'expression s'inquiètera à l'idée que celui-là puisse constituer, sous couvert de tolérance, un motif suffisant pour restreindre celle-ci.

Une autre affirmation surprenante de la Cour européenne des droits de l'homme consiste à justifier la moindre protection accordée à la liberté d'expression dans le domaine de la morale et de la religion, au motif qu'il s'agit de questions privées, étrangères par conséquent à des controverses relevant du débat politique ou de l'intérêt général. Grâce à la Cour, on apprend donc que les religions, leur signification et leur place dans la société concernent des domaines ne relevant ni de la politique, ni de l'intérêt général. On eût apprécié que la Cour soit davantage explicite pour justifier une position qui, à bien y réfléchir, n'est pas à ce point évidente qu'elle ne nécessite aucune explication.

En revanche, dans l'affaire *Charlie Hebdo*, le tribunal correctionnel et la Cour d'appel de Paris admettent (comme allant tout autant de soi et sans davantage d'explications, du reste) que les caricatures publiées concernaient bel et bien une question d'intérêt général, pour la discussion de laquelle la liberté d'expression méritait de recevoir la latitude la plus large possible. Certes, il n'entre pas dans mes intentions de prétendre que tout doit pouvoir être dit sans aucun risque, au nom de la liberté d'expression. Il ne m'est pas difficile, par exemple, d'admettre que l'injure publique doive faire l'objet de sanctions, fussent-elles pénales. Mais, précisément, que faut-il entendre par « injure » ? Plus particulièrement encore, comment comprendre, par exemple, l'injure faite à « une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion déterminée » - pour reprendre les termes de l'article 33, al. 3 de la loi française du 29 juillet 1881 ? A lire ce texte et à s'y tenir, l'injure visée paraît devoir être

proférée contre une *personne* (ou un groupe de personnes) et elle l'est *parce que* cette personne (ou ce groupe de personnes) appartient à une confession religieuse. « Sale Juif », « Pourriture de catholique », « Salopette de musulman » : voilà, à l'évidence, des imprécations susceptibles de tomber sous le coup de l'incrimination légale.

Toutefois, les choses sont parfois plus compliquées ; ainsi, les décisions rendues dans l'affaire *Charlie Hebdo*, si elles ont en fin de compte conclu à la relaxe du prévenu, n'en ouvrent pas moins des perspectives insoupçonnées sur l'interprétation des lois pénales. On se souvient en effet que les juges s'étaient livrés à une analyse assez fouillée de chacune des caricatures et avaient accordé une attention particulière à la troisième, celle représentant Mahomet coiffé d'un turban en forme de bombe au détonateur allumé. Selon le tribunal correctionnel, prise en soi et isolément, elle était bien de nature à outrager l'ensemble des fidèles de la foi musulmane en les assimilant dans leur ensemble à des fanatiques adeptes de la violence. Même si, en fin de compte, elle ne fut pas assimilée à une injure, en raison du contexte de sa publication, il n'est sans doute inutile de s'arrêter quelques instants sur ce raisonnement.

D'une part, il témoigne de la marge d'appréciation considérable dont dispose le juge en vue d'arrêter la signification à accorder à une œuvre de l'esprit et, à partir de là, de déterminer si cette dernière est bel et bien constitutive d'une injure en raison de l'appartenance à une religion. N'aurait-on tout aussi bien pu interpréter le dessin controversé comme pointant les dangers de violence auxquels peut (et non pas : doit) conduire la foi religieuse ? N'est-ce pas poser une question (peut-être même un diagnostic, certes contestable et s'exposant, à ce titre, à la critique argumentée) digne d'être l'objet d'un débat public : les religions, en tant qu'elles prétendent détenir la vérité, ne sont-elles pas portées, à certains moments de leur histoire, à vouloir imposer cette vérité par la violence ? Ce débat eût tout aussi bien pu être amorcé par une caricature représentant le pape sur fond d'un bûcher fumant : eût-il fallu en conclure que cette caricature outrageait l'ensemble des fidèles de la foi catholique ? C'est dire le pouvoir discrétionnaire (expression euphémistique, parfois, pour « arbitraire ») qu'une telle jurisprudence confie au juge, c'est-à-dire à l'État, qui redevient, par ce biais, une instance de contrôle des énoncés diffusés dans le public.

D'autre part, les juridictions parisiennes créent de la sorte une hypothèse d'injure à personnes « par ricochet » ou « indirecte ». Les individus se sentiraient injuriés non pas en raison du caractère outrageant ou méprisant des termes utilisés directement à leur encontre mais parce que la religion dont ils sont les fidèles aurait été la cible de tels termes (exemples : « La foi catholique ne pouvait qu'aboutir à l'allumage des bûchers » ; « Le judaïsme est une religion arcaïque, ce qui s'explique très bien vu qu'il est né dans une région désertique et arriérée » ; « L'islam est quand même la religion la plus con »<sup>69</sup>). Or ce n'est pas la même chose de s'en prendre aux personnes ou de s'en prendre, fût-ce vigou-

reusement ou même grossièrement, à une doctrine à laquelle ils adhèrent. Cela reviendrait à considérer en effet que la foi se confond avec l'individu, qu'elle le définit tout entier et que l'outrage fait à un discours (en l'occurrence, une doctrine religieuse) équivaut à un outrage à la personne qui y adhère. C'est le fameux argument, maintes fois ressassé, selon lequel l'insulte à une religion constitue en soi un manque de respect pour ses fidèles. Outre qu'il s'agit d'un glissement contestable du point de vue logique, il ne s'accorde guère avec les principes généraux gouvernant le droit pénal dans les régimes dits démocratiques. Dès lors que la liberté individuelle y est considérée comme un des fondements de l'ordre juridique, la loi pénale, enseigne-t-on, est d'interprétation stricte : pas question, en principe, de l'étendre au-delà de ce qu'impliquent les termes employés par le législateur. Or, en raisonnant comme ils l'ont fait au sujet de la troisième des caricatures contestées, le tribunal correctionnel et la Cour d'appel de Paris semblent étendre la loi pénale (qui, rappelons-le, ne vise que l'injure à personne ou groupe de personnes en raison de leur appartenance à une religion déterminée et non l'injure faite à cette religion proprement dite) au-delà des hypothèses que son texte paraît viser.

Ce n'est pas à dire, bien évidemment, que l'on ne puisse gloser sur le contenu ou la forme de ces discours agressifs, violents, outrageants contre telle ou telle religion ; au contraire, la liberté d'expression permet en retour d'en pointer le caractère excessif, mensonger ou simplement inesthétique (s'agissant, en particulier, d'œuvres à prétention artistique). Ce qui est en cause en l'espèce, c'est la pertinence d'un régime juridique destiné à sanctionner la liberté d'expression au nom d'un hypothétique respect dû aux croyances. C'est peut-être le moment de rappeler ici que la liberté d'expression est un principe politique et non esthétique et que, à l'image de la liberté de la presse dont elle est la matrice, elle ne s'use que quand on ne s'en sert pas, pour reprendre la profession de foi d'un célèbre palimpseste...

## NOTES

<sup>1</sup> Sur la distinction entre régime préventif et régime répressif, voir par exemple, en droit belge : Francis Delpeete, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2000, pp. 201-302, spéc. pp. 241-253 et 282-290 ; Koen Lemmens, *La presse et la protection juridique de l'individu*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 307-357, spéc. pp. 321-342.

<sup>2</sup> Pour un cas d'application (suspension de la diffusion d'un numéro de l'émission de télévision *Au nom de la loi* relatif aux erreurs médicales et qui mettait en cause la réputation d'un médecin), voir : *cv*. Bruxelles, (réf.), 24 octobre 2001, *Journal des Procès*, 2001, pp. 423 et s., obs. F. Tulkens ; *Auteurs & Médias*, 2002, p. 177. L'ordonnance a été confirmée par la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 21 décembre 2001, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2002, pp. 401 et s., note F. Jongen ; *Auteurs & Médias*, 2002, pp. 180 et s., et Bruxelles, 22 mars 2002, *Auteurs & Médias*, 2002, pp. 443 et s.). La Cour de cassation a, pour sa part, rejeté le pourvoi dirigé contre les arrêts de la Cour d'appel (Cass., 2 juin 2006, *Pastierie*, 2006, pp. 1302 et s. ; *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2006, pp. 1402 et s., note F. Jongen).

<sup>3</sup> Par exemple, dans la catégorie des films interdits aux mineurs de moins de 12 ans, ou de moins de 16 ans, voire dans celle des films X, réservés aux adultes.

<sup>4</sup> Arrêt *Hamidovic c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976 : série A n° 24, § 49. Voy. également les arrêts *Litvinov* du 8 juillet 1986, série A n° 103, § 41 et *Oberschlick* du 1er juillet 1997, § 57.

<sup>5</sup> Arrêt *Müller c. a. c. Suisse* du 24 mai 1988, série A n° 133, § 27.

<sup>6</sup> Arrêt *Müller*, précité, § 33.

- 7 C'est sur cette base que l'ouvrage du docteur Claude Gubler, médecin personnel du président Mitterrand, fut saisi, puis interdit à la vente par les juridictions françaises. La Cour européenne des droits de l'homme n'en conclut pas moins, dans un arrêt du 18 mai 2004 (*Société Pior c. France*), à la violation partielle de l'article 10 CEDH.
- 8 Arrêt *Otto-Preminger-Institut*, précité, §§ 20 à 22.
- 9 Même si la question ne se posait pas en ces termes, il n'est guère malaisé d'admettre qu'une saisie ou une confiscation postérieure (par exemple, à la suite d'une première projection du film) eût également été considérée comme une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, étant entendu que l'attribution eût alors été moins radicale : la mesure eût été *a posteriori* et non *a priori*, comme dans le cas d'espèce, où elle fait bel et bien figure de censure, au sens juridique du terme.
- 10 Article 9, § 1er CEDH.
- 11 C'est-à-dire des droits n'impliquant que des obligations négatives dans le chef de l'Etat : obligation de ne pas empêcher ou décourager l'exercice de tels droits.
- 12 C'est moi qui souligne.
- 13 Arrêt *Otto-Preminger-Institut*, précité, § 47.
- 14 *Ibid.*
- 15 C'est-à-dire des droits dont le plein exercice imposerait le cas échéant aux Etats de prendre des mesures positives (en l'espèce, garantir des mécanismes susceptibles d'empêcher ou, tout au moins, de sanctionner des atteintes à la jouissance paisible de la foi religieuse - ces dernières pressent-elle même la forme de discours en principe couverts par la liberté d'expression).
- 16 C'est évidemment le cas d'Etats comme la France ou la Belgique, dont le droit pénal ne réprime plus un hypothétique délit de blasphème.
- 17 Qu'en termes précis ces choses-là sont dites...
- 18 Arrêt *Otto-Preminger-Institut*, précité, § 49.
- 19 Arrêt *Murphy c. Irlande* du 10 juillet 2003, § 72.
- 20 Voy. également en ce sens : arrêt *Murphy c. Irlande*, précité, § 69.
- 21 En l'occurrence, le bulletin d'informations édité par l'association, reprenant le programme du cinéma qu'elle gérait.
- 22 Arrêt *I.A. c. Turquie* du 13 septembre 2005, § 32.
- 23 Arrêt *Otto-Preminger-Institut*, précité.
- 24 Arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996 (le délit de blasphème n'a été aboli au Royaume-Uni, ce paradis terrestre des libertés individuelles, qu'en 2008).
- 25 Arrêt *Otto-Preminger-Institut*, précité, § 56.
- 26 Arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, précité, § 48 (il s'agissait, en l'espèce, d'un film intitulé « Visions of ecstasy » et retraçant sur un mode érotique les extases de sainte Thérèse d'Avila, y compris dans sa relation avec la figure du Christ).
- 27 Arrêts *Wingrove c. Royaume-Uni*, précité, § 58, et *Murphy c. Irlande*, précité, § 67.
- 28 Encore une expression d'une précision chirurgicale.
- 29 Arrêt *I.A. c. Turquie*, précité, § 26.
- 30 Voy., parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A no 103, § 42, *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, série A no 236, § 43, et *Thorger Thorgeresen c. Islande* du 25 juin 1992, série A no 239, § 63.
- 31 Arrêt *Murphy c. Irlande*, précité, § 67.
- 32 Arrêts *Otto-Preminger-Institut*, *Wingrove* et *I.A. c. Turquie*, précitées.
- 33 Opinion dissidente du juge Pettit.
- 34 § 7 de l'opinion dissidente.
- 35 § 5 de l'opinion dissidente.
- 36 L'arrêt a été rendu à une très courte majorité : quatre voix contre trois.
- 37 § 5 de l'opinion dissidente.
- 38 § 6 de l'opinion dissidente.
- 39 § 8 de l'opinion dissidente.
- 40 § 6 de l'opinion dissidente.
- 41 Article 29, al. 2.
- 42 Article 33, al. 3.
- 43 Façon pour le tribunal de souligner le caractère limité de la publicité de ces caricatures, suivant un raisonnement bien différent de celui de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut*.

- 44 Sur cette contrainte par dérivation imposée à des tiers à la décision de justice, voir Lucien François, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 145.
- 45 Ou bien, il est vrai, une telle condamnation judiciaire est de nature à exciter les provocateurs (espèce des plus conformistes dans l'art contemporain, on le sait) - auquel cas, à défaut de produire un effet social de censure inquiétant pour la liberté d'expression en son principe, elle s'avère alors parfaitement contre-productive au regard de son effet dissuasif attendu.
- 46 Tout au moins en Europe continentale.
- 47 Pierre Mament, *Histoire intellectuelle du libéralisme : dix leçons*, Paris, Hachette, rééd. 1997 (voir en particulier l'introduction).
- 48 Par exemple l'Irlande (en cause dans l'affaire *Murphy*) ou la Turquie (en cause dans l'affaire *I.A.*).
- 49 L'auteur remercie Michel Houellebecq pour cette dernière saillie, pour laquelle l'auteur d'*Extension du domaine de la lutte* fut d'ailleurs poursuivi en correctionnelle et relaxé.