L'Institut Grand-Ducal, calqué − mutatis mutandis − sur le modèle de l'Institut de France, a été créé en 1868, dans le « but de cultiver les sciences, les lettres et les arts». Il groupe six sections : Histoire − Sciences naturelles − Médecine − Linguistique − Arts et Lettres − Sciences morales et politiques. Cette dernière section, la plus jeune, ne remonte qu'à 1966 et couvre « notamment la philosophie, les sciences sociales, politiques et économiques ainsi que les sciences juridiques ». Conformément à son réglement organique : « La section groupe des personnes qui, par la valeur de leurs travaux scientifiques, méritent d'être réunies en un collège représentatif de ces branches du savoir ».

ISBN 978-99959-926-4-4
© 2018 Institut Grand-Ducal
Section des Sciences Morales et Politiques

Adresse pour la correspondance:
smp-secret@igd.lu

Institut Grand-Ducal

ACTES

de la Section
des Sciences Morales et Politiques

Table Ronde sur la liberté d'expression
du 17 juin 2017

avec **Norbert Campagna, Jörg Gerkrath, Jean-Lou Siweck**

Volume XXI

Luxembourg
2018

Institut Grand-Ducal

A C T E S

de la Section

des Sciences Morales et Politiques

Volume XXI

Table Ronde sur la liberté d'expression du 17 juin 2017

avec
Norbert Campagna
Jörg Gerkrath
Jean-Lou Siweck

Site internet : www.igd-smp.lu

2018

Illustration de la couverture :
Rome, Basilique de Santa-Maria in Cosmedin : Bocca della Verità
(Wikimedia Commons, licence n° CC-BY-SA 3.0,
photographie par Dnalor_01)

© Institut Grand-Ducal 2018, Section des Sciences morales et politiques
Imprimeur : Hengen Print & More, Luxembourg
ISBN : 978-99959-926-4-4

Table Ronde sur la liberté d'expression du 17 juin 2017

PEUT-ON SE MOQUER DE TOUT ? L'ÉTENDUE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION FACE AU SENTIMENT RELIGIEUX.

par

Jörg Gerkrath

Jörg Gerkrath est professeur agrégé de droit public. Il est en poste à l'Université du Luxembourg depuis 2006 en tant que professeur en droit européen et y dirige depuis 2014 l'école doctorale en droit. Titulaire d'un doctorat de l'Université Robert Schuman de Strasbourg il a exercé comme Maître de conférences avant de devenir Professeur de droit public à l'Université d'Avignon. Ses principaux domaines de recherche sont le droit communautaire et européen, le droit constitutionnel, le droit comparé et les droits fondamentaux. Il est l'auteur de l'ouvrage « L'Emergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe », (Editions de l'ULB, Bruxelles 1997) et de nombreux articles et contributions sur divers aspects du droit communautaire et constitutionnel.

Peut-on se moquer de tout ?
L'étendue de la liberté d'expression face au sentiment religieux.

La question des relations entre, d'un côté, la liberté d'expression et, de l'autre, le sentiment religieux ou les croyances religieuses a cruellement marqué l'actualité de ces dernières années. Elle relève naturellement d'abord d'un débat d'idées philosophiques. Elle constitue aussi, par ailleurs, un sujet juridique relativement bien balisé par les textes applicables et par la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). Ce n'est d'ailleurs pas, en règle générale, une question de la conciliation entre deux libertés potentiellement antagonistes mais plutôt une question des limites de la liberté d'expression lorsqu'elle est exercée en direction d'une religion, de ses adhérents, de ses signes extérieurs ou encore du sentiment des croyants.

De par sa nature, la liberté d'expression, lorsqu'elle est exercée par de simples particuliers ou des médias ne porte pas en soi atteinte à l'exercice de la liberté de religion ou celle des cultes. Il en irait différemment bien entendu lorsqu'il s'agissait de prises de positions par des pouvoirs publics ou des appels incitant à faire obstacle à l'exercice paisible de la liberté religieuse. Les affaires jugées par la Cour européenne en la matière résultent dans leur immense majorité de restrictions apportées par les pouvoirs publics à la liberté d'expression des uns pour protéger les sentiments ou les croyances religieux des autres.

Pour en mesurer la portée il conviendra ci-après de présenter le cadre normatif de la liberté d'expression en Europe (1.), la faculté des Etats d'y apporter des limites pour protéger le sentiment religieux (2.), les critères développés par la Cour EDH pour préciser les devoirs et responsabilités en la matière (3.), l'absence d'obligation positive de sanctionner le blasphème (4.) et les conséquences d'abus de la liberté d'expression (5.).

1. La liberté d'expression, telle que garantie en Europe, n'est pas absolue

Garantie tant par les constitutions nationales que par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la liberté d'expression bénéficie en Europe d'une protection forte toute en admettant des exceptions bien justifiées. Sa reconnaissance par l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 fut particulièrement solennelle : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». La recherche d'un juste équilibre entre la liberté et ses abus y est déjà présent.

L'article 24 de la Constitution luxembourgeoise de 1868, reprenant les termes de la constitution de 1848 n'est pas en reste garantissant : « La liberté de manifester ses opinions par la parole en toutes matières, et la liberté de la presse (…), sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'exercice de ces libertés. La censure ne pourra jamais être établie ». Au Luxembourg la protection conventionnelle par la CEDH a cependant entièrement supplanté la protection constitutionnelle. Aucune saisine de la Cour Constitutionnelle portant sur l'article 24 n'a ainsi eu lieu à ce jour. La CEDH adoptée en 1950 définit cette liberté dans son article 10, paragraphe 1er, en précisant 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 ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». Dans son champ d'application spécifique, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre quant à elle la liberté d'expression avec la même portée que celle que lui reconnaît la CEDH.

Les mêmes textes constitutionnels et conventionnels protègent par ailleurs la liberté des cultes (art. 19, constitution luxembourgeoise) et de religion (art. 9 CEDH). Dans la mesure où l'exercice de la liberté d'expression n'est en règle générale pas susceptible d'engendrer une ingérence dans ces libertés, il n'est pas nécessaire d'approfondir leur portée.

La liberté d'expression occupe une place éminente dans toute société démocratique. La Cour EDH la qualifie de « fondement de toute société démocratique ». Définie largement par la jurisprudence elle inclut

des formes d'expression humoristique, caricaturale ou satirique. La Cour considère en effet que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de [toute] société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (...), elle 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'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' ».[1]

De même, dans le cadre d'une analyse portant sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, garantie par l'article 9 de la Convention, la Cour a-t-elle pu estimer que celle-ci « représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme - chèrement conquis au cours des siècles - consubstantiel à pareille société ».[2] La liberté de conscience implique en effet tant la liberté de croire, que de ne pas croire ou de croire autrement et, donc, d'exprimer conséquemment ses croyances et opinions par opposition à celles des autres.

En effet, comme le rappelle la Cour dans l'affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche, « 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 toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi ».[3]

Si ces passages de la jurisprudence semblent de prime abord renforcer la liberté d'expression face au sentiment religieux ou du moins exiger une mise en balance des deux libertés, la Convention et la Cour EDH admettent

1 Cour EDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, n° 5493/72, série A n° 24, § 49.

2 Cour EDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, n° 14307/88, série A n° 260-A, § 31.

3 Cour EDH, 20 septembre 1994, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, série A n° 295-A, § 46.

la possibilité pour les Etats de limiter la liberté d'expression afin de protéger la liberté de religion et le sentiment religieux des croyants.

Le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH indique 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 ou à la sûreté publique, 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 ». La liste des justifications à de dérogations à la liberté d'expression est donc longue et la Cour EDH y a apporté des précisions importantes.

2. La liberté d'expression peut être limité pour assurer le respect des convictions religieuses

S'il est bien établi par la jurisprudence européenne que la liberté d'expression n'est pas absolue mais connaît au contraire de nombreuses limites, il est moins évident de tracer les limites face au sentiment religieux d'autrui. Il ne faut pas perdre de vue en outre qu'en vertu d'un concept bien connu de la doctrine germanophone, ces limites doivent être elles-mêmes circonscrites. C'est ce que l'on désigne en allemand par le terme de *« Schranken-Schranken »*.

L'article 10, paragraphe 2, de la Convention dispose que, pour des raisons tenant notamment « à la protection de la réputation ou des droits d'autrui » la liberté d'expression peut se voir encadrer dans le respect d'un strict critère de nécessité. Sur la base de cette disposition la Cour a développé une jurisprudence incluant dans les droits d'autrui une prise en considération et une protection du sentiment religieux. La conciliation entre les deux libertés passe donc très concrètement par le recours aux limites autorisé par le paragraphe 2 de l'article 10 au lieu de se fonder sur une éventuelle ingérence dans les libertés protégées par l'article 9 de la CEDH.

Ainsi, dans sa décision *Kokkinakis* portant sur la conciliation de religions coexistant au sein d'un même Etat, la Cour a jugé que celui-ci disposait d'une marge de manœuvre pour estimer si les situations et comportements nécessitent d'être réprimés afin d'assurer la protection de la

liberté de conscience face à une liberté d'expression trop débridée. Dans ce cadre, elle a considéré que constituaient ce type de comportements la communication d'informations et d'idées jugées excessives et, de ce fait, incompatibles avec le respect de la liberté de la pensée, de la conscience et de la religion d'autrui.

Les instances de la CEDH ont également été amenées à se prononcer sur des cas d'atteintes portées à la religion par des comportements qui furent considérés comme « blasphématoires ». La Commission Européenne des Droits de l'Homme a été la première, en 1982, à admettre la possibilité d'une répression du blasphème sans porter nécessairement atteinte à la liberté d'expression. Elle considérait à cet égard que « le fait d'ériger le blasphème en infraction pénale ne suscite en soi aucun doute quant à sa nécessité : si l'on admet que les sentiments religieux du citoyen méritent protection contre les attaques jugées indécentes sur des questions que l'intéressé estime sacrées, on peut alors également juger nécessaire, dans une société démocratique, de stipuler que ces attaques, lorsqu'elles atteignent une certaine gravité, constituent une infraction pénale dont la personne offensée peut saisir le juge ».[4]

Partant de cette reconnaissance du blasphème comme pouvant constituer une véritable infraction, la Cour a développé une jurisprudence casuistique venant préciser les conditions dans lesquelles une telle limite à la liberté d'expression est acceptable au regard de l'importance reconnue à la liberté de conscience et au sentiment religieux en découlant. Trois affaires méritent d'être évoqués à titre d'illustration.

Dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, la Cour a admis la possibilité pour un Etat de censurer une œuvre audiovisuelle jugée offensante.[5] Il s'agissait, en l'espèce, du film *Le Concile d'amour* caricaturant les représentations figuratives de la foi chrétienne en les mettant en scène dans des situations jugées blasphématoires par le diocèse local. Ce film avait été interdit par les autorités autrichiennes pour « dénigrement d'une doctrine religieuse », infraction prévue dans le code pénal autrichien, ce que la Cour a jugé comme relevant de la libre appréciation de l'Etat dès lors que les limitations apportées à la liberté d'expression étaient prévues

4 Cour EDH, 7 mai 1982, Gay News et Lemon c. Royaume-Uni, (déc.), n° 8710/79, § 12.
5 Cour EDH, 23 juin 1993, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, n° 13470/87, série A n° 295-A.

par la loi, inscrites dans la poursuite d'un but légitime et strictement nécessaires et proportionnées au regard du but recherché.

L'argumentaire a ensuite été confirmé dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*.[6] La Cour y laisse une grande marge d'appréciation à l'Etat dans la mesure où la liberté d'expression porte sur des questions susceptibles d'offenser des convictions religieuses intimes.

Dans l'affaire *I.A c. Turquie* la Cour n'ignore pas que l'existence d'une disposition interdisant le blasphème constitue une ingérence dans le droit à la liberté d'expression garanti à l'article 10 de la CEDH. Cependant, elle va évaluer la légitimité ou la nécessité des mesures restrictives, en vérifiant l'existence d'un besoin social impérieux, proportionnel et prévu par la loi.[7]

La Cour justifie la grande liberté laissée aux Etats, par les variations existant dans le temps et l'espace eu égard à l'appréciation dont différentes personnes d'obédiences distinctes peuvent se sentir ou non offensées par l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion à l'égard de leurs croyances. C'est sur la base de ce postulat que se comprennent les divergences entre les Etats européens sur la façon d'appréhender juridiquement et, le cas échéant, de sanctionner pénalement, les propos critiques voire provocateurs pouvant affecter le sentiment religieux. Ainsi, les délits de blasphème et de diffamation blasphématoire se retrouvent dans les législations en vigueur dans des Etats où la religion et l'Eglise occupent une place prépondérante. A l'inverse, le caractère éminemment laïc de la France explique que de telles infractions n'aient pas été consacrées en droit positif

En tout état de cause, il est à noter que ce courant jurisprudentiel européen tend à se tarir voire à s'inverser à mesure que des voix s'élèvent en faveur d'une liberté d'expression, selon eux incompatible par nature avec l'existence d'incriminations portant sur des propos blasphématoires. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a énoncé dans une recommandation de 2007 qu'en ce qui concerne « le blasphème, les insultes à caractère religieux et les discours de haine contre des personnes au motif de leur religion, il incombe à l'Etat de déterminer ce qui est à considérer comme infraction pénale dans les limites imposées par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. A cet égard, l'Assemblée

6 Cour EDH, 25 novembre 1996, Wingrove c. Royaume-Uni, n° 17419/90, Rec. 1996-V.
7 Cour EDH, 13 septembre 2005, I.A. c. Turquie, n° 42571/98, § 22.

considère que le blasphème, en tant qu'insulte à une religion, ne devrait pas être érigé en infraction pénale. Il convient, en effet, de distinguer les questions relevant de la conscience morale et celles relevant de la légalité, celles relevant de la sphère publique de celles relevant de la sphère privée. Même si, de nos jours, les poursuites à ce titre sont rares dans les Etats membres, elles sont encore légion dans d'autres pays du monde ».[8]

Tout en respectant la marge d'appréciation des Etats parties à la CEDH, la Cour EDH a été amené à développer des critères plus précis permettant notamment aux législateurs et aux juridictions nationales de s'orienter.

3. La Cour européenne des droits de l'homme a développé des critères opérationnels pour préciser les devoirs et responsabilités en la matière

Face aux divergences existant quant à l'institution du délit de blasphème comme limite à la liberté d'expression, la jurisprudence européenne a recours à des critères au potentiel consensuel en ce qu'ils reposent sur une appréciation plus objective de la nature des propos et écrits faisant griefs.

Déjà en 1993, la Cour EDH évoquait ces critères dans son arrêt *Otto-Preminger-Institut* en indiquant que « dans le contexte des opinions et croyances religieuses peut légitimement être comprise une obligation d'éviter autant que faire se peut, 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 ».[9] Ainsi, la Cour relevait comme critères d'analyse de propos ou écrits qui lui étaient déférés : leur contribution au débat public, leur intérêt pour le progrès dans les affaires du genre humain et leur défaut de toute gratuité.

Ces critères sont d'autant plus intéressants qu'ils peuvent tout à la fois s'appliquer pour évaluer l'exercice de la liberté d'expression « à l'encontre » d'une obédience religieuse que l'usage de celle-ci par des croyants dont la teneur du discours pourrait prêter à discussion. C'est ce qui a été jugé le 4 décembre 2003 dans l'affaire *Gündüz c. Turquie* faisant suite à la

8 Recommandation 1805 (2007) adoptée par l'Assemblée le 29 juin 2007.
9 Cour EDH, 23 juin 1993, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, préc.

condamnation d'un chef de « secte » pour incitation du peuple à la haine et à l'hostilité pour des propos formulés lors d'une émission de télévision. Paradoxalement dans cette affaire, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention en faveur d'un requérant dont les propos avaient été qualifiés de discours de haine par les juridictions turques.[10] La Cour y analyse l'intervention du requérant dans un débat télévisuel en direct comme s'intégrant dans le cadre de la participation à une discussion d'intérêt général et estime que le simple fait de défendre la Charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un « discours de haine ».

Parmi les critères permettant de concilier *in concreto* le volet humoristique de la liberté d'expression avec les croyances religieuses deux critères semblent donc se dégager : un critère négatif, l'absence d'offense gratuite, et un critère positif, la contribution à un débat d'intérêt général. Il faut en outre faire la distinction selon que les propos ou caricatures portent sur des idées ou visent explicitement une personne ou un groupe de personnes en particulier. Lorsque l'expression contribue à l'enrichissement des débats, la restriction qui en résulte est *a priori* légitime. C'est en ce sens qu'a statué la Cour européenne dans l'affaire Giniewski.[11]

La Cour a en outre récemment confirmé que l'application de ces critères doit s'effectuer en ménageant un juste équilibre entre les intérêts en présence. Une mise en balance des intérêts doit donc être effectuée.[12] Cette recherche d'équilibre peut bien entendu varier selon les domaines et les manières de l'expression d'une opinion potentiellement offensante pour le sentiment religieux. Ainsi en matière de publicité commerciale la Cour a été amené de considérer qu'une amende infligée à un fabricant de vêtements pour sa campagne de publicité évoquant « Jésus » et « Marie » a violé la liberté d'expression. Dans son arrêt de chambre, rendu le dans l'affaire *Sekmadienis* la Cour européenne des droits de l'homme dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.[13] L'affaire concerne une amende infligée à Sekmadienis Ltd., une société fabricant des vêtements et ayant fait afficher à Vilnius et sur son site Internet une

10 Cour EDH, 4 décembre 2003, Gündüz c. Turquie, n° 35071/97.

11 Cour EDH, 31 janvier 2006, Giniewski c. France, n° 64016/00, Rec. 2006-I, § 14.

12 Sur l'exercice de la mise en balance des intérêts en présence, cf. Dijoux, Ruth, *La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne*, Les Cahiers de droit, 53 (4), 2012, p. 872 ss.

13 Cour EDH, Sekmadienis Ltd. c. Lituanie, 30 janvier 2018, n° 69317/14.

série de publicités jugées contraires à la morale publique par les tribunaux lituaniens. Sur ces publicités figuraient des mannequins et des phrases en légende évoquant « Jésus » et « Marie ». La Cour juge que, même si elles ont suscité plusieurs plaintes (exprimées notamment par l'intermédiaire de l'organisme représentant l'Église catholique romaine en Lituanie), les publicités en question n'étaient pas gratuitement offensantes et n'incitaient pas à la haine. Les autorités nationales n'ont pas non plus fourni de motifs suffisants démontrant que l'utilisation des symboles religieux en question était contraire à la morale publique. Par conséquent, les autorités nationales n'ont pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, la protection de la morale publique et des droits des personnes religieuses, et, d'autre part, le droit de la société requérante à la liberté d'expression.

De même que de telles amendes ont été jugées disproportionnées pour protéger les sentiments avérés ou supposés des croyants, la constitution du blasphème en infraction pénale a suscité une jurisprudence prudente et équilibrée à travers laquelle la Cour EDH n'a jamais conclu à une obligation positive des Etats parties de protéger la liberté des croyants par la sanction pénale du blasphème.

4. L'absence d'obligation positive de sanctionner le blasphème

Si la Cour EDH a pu reconnaître sous certaines conditions le droit des Etats parties d'ériger le blasphème en délit pour protéger la liberté religieuse, elle n'a en revanche jamais consacré une obligation positive des Etats en ce sens.

Dans les Etats parties qui, telle la France, consacrent le principe de laïcité au niveau constitutionnel, certains vont jusqu'à revendiquer un « droit au blasphème ».[14] Dans l'affaire Charlie Hebdo la Cour d'appel de Paris, sans aller jusque-là affirme tout de même que « dans une société laïque et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions ».[15]

En France, c'est d'ailleurs en suivant un raisonnement assez proche de celui de la Cour EDH que les juges cherchent à concilier liberté d'expres-

14 Voir en ce sens la contribution de Jean-Luc Mélenchon sur le « Droit au blasphème » in Cerf / Horwitz (dir.), Dictionnaire de la Laïcité, Armand Colin, Paris 2ème éd. 2016.

15 C.A. Paris, 11e chambre, 12 mars 2008, Union des organisations islamiques de France c. Philippe Val, RG n°07/02873.

sion et sentiment religieux, dans le respect de la tradition laïque française. La justice française s'est prononcée à l'occasion de l'affaire des caricatures de Mahomet publiées par Charlie Hebdo le 8 février 2006 en réaction aux poursuites intentées contre des caricaturistes danois pour les mêmes faits. Pour apprécier ces faits, les juges du tribunal de grande instance de Paris puis ceux de la Cour d'appel de Paris se sont fondés sur la loi du 29 juillet 1881 définissant l'injure et sur la conception européenne de la liberté d'expression et de religion en rappelant les dispositions de l'article 10 de la Convention. Ils ont précisé également les spécificités de la France, société laïque et pluraliste, dans lequel « le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions quelles qu'elles soient et avec celle de représenter des sujets ou objets de vénération religieuse ; que le blasphème qui outrage la divinité ou la religion, n'y est pas réprimé à la différence de l'injure, dès lors qu'elle constitue une attaque personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse ; qu'il résulte de ces considérations que des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression si celle-ci se manifeste de façon gratuitement offensante pour autrui, sans contribuer à une quelconque forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain ».[16]

Cette décision - confirmée par la Cour d'appel - consacre donc la jurisprudence européenne en reprenant à son compte l'équilibre souhaitée par cette dernière au regard des libertés de religion et d'expression. Au final, tant les juges de première instance que ceux de la Cour d'appel ont considéré qu'aucune des caricatures n'était offensante pour « la communauté musulmane dans son ensemble ».

Jugeant *in concreto*, les magistrats ont estimé que « en dépit du caractère choquant, voire blessant, de cette caricature pour la sensibilité des musulmans, le contexte et les circonstances de cette publication dans le journal "CHARLIE HEBDO" apparaissent exclusifs de toute volonté d'offenser directement et gratuitement l'ensemble des musulmans ». La Cour d'appel a, en particulier, souligné que l'ensemble du contenu du journal portait un regard critique sur certains membres qui, au nom de l'Islam, pratiquent des actes terroristes à répétition et que cela participait au débat d'intérêt général suscité par la diffusion de ces caricatures dans le journal danois qui était à leur origine. On retiendra donc que le contexte de la

16 TGI Paris, 17e ch. corr., 22 mars 2007.

publication est important, et que l'appréciation de propos supposés outrageants ne doit pas être effectuée de manière isolée mais en tenant compte des éléments extérieurs pertinents ainsi que du contenu global du journal litigieux.

Face au sentiment religieux la liberté d'expression connaît donc des limites limitées. Elle comprend le droit de critiquer la religion pour autant que cette critique, qui peut être virulente, ne vise pas à offenser les croyants eux-mêmes. Si l'expression d'une opinion se montre hostile à une religion où offensante aux croyants au point de porter atteinte à la liberté de religion elle-même, elle risque par contre d'être qualifiée d'abusive.

5. Celui qui abuse de la liberté d'expression risque de perdre sa protection

Nous l'avons vu, la liberté d'expression, aussi limitée qu'elle peut paraître en Europe - comparé avec la situation qui prévaut aux Etats-Unis d'Amérique -, protège celui qui en en use. Mais, comme le rappelle l'adage latin *« abusus non est usus, sed corrupteia »* cette protection ne vise que l'usage de cette liberté pas le fait d'en abuser.

La maxime classiquement attribuée au révolutionnaire Saint-Just selon laquelle il n'y a « pas de liberté pour les ennemis de la liberté » trouve en effet un reflet au sein de la Convention européenne. Selon son article 17 (Interdiction de l'abus de droit) : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

L'affaire Dieudonné permet d'illustrer le raisonnement de la Cour en présence d'un abus de la liberté d'expression. Elle y souligne que si l'article 17 CEDH a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte. Elle ne mérite donc pas la protection de l'article 10 de la Convention. Partant, dès lors que les faits litigieux ont un caractère négationniste et antisémite marqué, la Cour considère que

Dieudonné M'Bala M'Bala tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention, Dieudonné M'Bala M'Bala ne peut bénéficier de la protection de l'article 10.[17]

*

En guise de conclusion on peut légitimement se demander si une société ne deviendrait pas plus libre si elle permettait tous les discours, même gratuitement offensants ou liberticides. Ce n'est pas l'opinion défendu ici. En quoi des discours qualifiant l'homosexualité d'abomination ou niant l'holocauste apporteraient-ils une contribution au débat d'idées dans une société démocratique ? Dans les deux cas les protagonistes n'expriment pas une opinion mais se positionnent en contestant des droits et en récusant la reconnaissance à des êtres dont la dignité humaine est ainsi piétinée.

Certes, le droit pénal doit être le dernier recours pour encadrer le débat d'idées dans une société démocratique. L'incitation à la haine, les propos racistes ou homophobes ou encore les messages haineux ou violents qui se propagent aujourd'hui si facilement via ce que l'on appelle les « réseaux sociaux » ne constituent cependant pas en règle générale de contributions à un débat d'intérêt général. Au contraire de tels manifestations d'opinions, si elles ne sont pas vigoureusement combattues, entraînent souvent d'autres dans un engrenage où les mots sont suivis d'actes. Le passé récent et l'actualité nous le montrent tous les jours.

Il faut donc saluer le fait que les législateurs européens ont décidé dans leur immense majorité de sanctionner pénalement les propos racistes, antisémites ou négationnistes ou tout autre « discours de haine ».[18] Cette attitude a explicitement été validée par la Cour EDH dans l'affaire Erbakan c. Turquie. La Cour y rappelle que « la tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir,

17 Cour EDH, 20 octobre 2015, M'Bala M'Bala c. France, n°25239/13.

18 En ce qui concerne le Luxembourg, cf. Me Michel Karp, Commentaire des jurisprudences pénales en matière de racisme et d'antisémitisme, Le Journal, 16 février 2018, p. 21.

toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (...), si l'on veille à ce que les "formalités", "conditions", "restrictions" ou "sanctions" imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi ».[19]

Pour faire en sorte que la législation est également respecté dans les réseaux sociaux le Bundestag allemand a par ailleurs montré le chemin en adoptant, le 30 juin 2017, une loi relative à l'amélioration de la mise en application du droit dans les réseaux sociaux (Netzwerkdurchsetzungsgesetz).

La situation est malheureusement toute différente dans certains pays de l'Europe de l'Est et notamment en Pologne. Un regrettable projet de loi pénalisant l'usage de l'expression « camp d'extermination polonais » y a en effet récemment été adopté. Certes, il est historiquement exact qu'il n'y a pas eu de camps de la mort polonais pendant la deuxième guerre mondiale. Ce qu'il y a eu, ce sont des camps d'extermination allemands en Pologne. Le projet de loi adopté le 1er février 2018 par le Parlement polonais, punit d'une peine allant jusqu'à trois ans de prison toute personne qui « attribue à la République de Pologne et à la nation polonaise, publiquement et contrairement à la réalité des faits, la responsabilité ou la coresponsabilité de crimes nazis perpétrés par le IIIe Reich allemand ».[20] Cette loi est condamnable en qu'elle limite de manière disproportionnée la liberté d'expression et entrave le travail des historiens et des journalistes, ainsi dissuadés de s'intéresser à ce qui pourrait les emmener sur le terrain d'une participation de Polonais aux crimes de l'Occupation.

A la grande différence des lois qui pénalisent le négationnisme de l'holocauste ou l'apologie des crimes perpétrés par le régime nazi et qui tendent donc en dernière analyse à protéger la mémoire des victimes, la récente loi polonaise poursuit un objectif diamétralement opposé. Elle vise à dédouaner la nation polonaise de toute responsabilité collective dans les crimes qui ont été perpétrés sur son territoire. La limite qu'elle apporte à la liberté de l'expression paraît de ce fait trop générale, injustifiée et disproportionnée. Elle ne pourra pas être couverte par une des limites autorisées par le paragraphe 2 de l'article 10 CEDH. On doit donc s'attendre à ce que de futures applications de la loi soient censurées par la Cour EDH à défaut de l'être par les juridictions polonaises.

19 Cour EDH, 6 juillet 2006, Erbakan c. Turquie, n° 59405/00, § 56.
20 Le Monde, éditorial du 5 février 2018.

Références bibliographiques

Caruso Adeline, *La recherche d'un équilibre entre la liberté d'expression et la liberté de religion : les modèles de mise en balance français et italien et le modèle de la CEDH dans la décision I.A c/Turquie du 13 septembre 2005*, https://blogs.parisnanterre.fr

Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'homme, *La liberté d'expression en Europe. La jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossiers sur les droits de l'homme, no 18, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002.

Dijoux, Ruth, *La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne*, Les Cahiers de droit, 53 (4), 2012, pp. 861–876.

Docquir, Pierre-François, *La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ?*, (Note sous l'arrêt Giniewski c. France), Rev. trim. dr. h. n°68 2006, pp. 839-849

Gonzalez, Gérard, *Les excès de la liberté d'expression et le respect des convictions religieuses selon la Cour européenne des droits de l'homme*, RDLF 2015, chron. n°10, http://www.revuedlf.com/cedh/les-exces-de-la-liberte-dexpression-et-le-respect-des-convictions-religieuses-selon-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/

Hervieu, Nicolas, *Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme*, La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, janvier 2014, consulté le 18 janvier 2018, http://revdh.revues.org/503.

Jacquot, François, *Blasphème, liberté d'expression et atteinte au sentiment religieux*, 2015, https://www.eifrf-articles.org/Blaspheme-liberte-d-expression-et-atteinte-au-sentiment-religieuxa157.html

Riassetto, Isabelle, *Droit et blasphème : état des lieux*, forum 349, mars 205, pp. 8-9.