

Les Cahiers de droit



La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne

Ruth Dijoux

Volume 53, numéro 4, décembre 2012

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1013010ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1013010ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Dijoux, R. (2012). La liberté d'expression face aux sentiments religieux :
approche européenne. *Les Cahiers de droit*, 53(4), 861–876.
<https://doi.org/10.7202/1013010ar>

Résumé de l'article

La confrontation de la liberté d'expression et de la liberté religieuse soulève de nombreuses tensions. Pour certains, il convient de favoriser la liberté d'expression, fondement même d'une démocratie. Pour d'autres, au contraire, il convient de protéger la liberté de religion particulièrement contre la liberté d'expression. Afin de solutionner ces oppositions et de trouver un équilibre entre les libertés visées, le choix opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, savoir le contrôle de proportionnalité, apparaît comme une solution efficace.

Tous droits réservés © Université Laval, 2012

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne

Ruth DIJOUX*

La confrontation de la liberté d'expression et de la liberté religieuse soulève de nombreuses tensions. Pour certains, il convient de favoriser la liberté d'expression, fondement même d'une démocratie. Pour d'autres, au contraire, il convient de protéger la liberté de religion particulièrement contre la liberté d'expression. Afin de solutionner ces oppositions et de trouver un équilibre entre les libertés visées, le choix opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, savoir le contrôle de proportionnalité, apparaît comme une solution efficace.

The opposition between freedom of expression and freedom of religion creates various tensions. While some believe that priority should be given to freedom of expression, the very foundation of democracy, others prefer to protect freedom of religion, in particular against freedom of expression. To resolve this confrontation and strike a balance between the two freedoms, the choice by the European Court of Human Rights to impose a test of proportionality appears to offer an effective solution.

* Docteure en droit, chargée d'enseignement, Université de La Réunion.

	<i>Pages</i>
1 L'apparente régression de la liberté d'expression	864
1.1 L'assise de la liberté d'expression	864
1.2 La répression de la diffamation religieuse	865
1.2.1 La pénalisation de la répression de la diffamation religieuse.....	866
2 La réalité d'une possible conciliation	867
2.1 Le recours au contrôle de proportionnalité	867
2.1.1 Un contrôle de proportionnalité particulier	868
2.1.2 La mise en œuvre du contrôle : le but légitime	871
2.1.3 La mise en balance des intérêts	872
2.2 Le dépassement des critiques à l'encontre du contrôle de proportionnalité...	873
2.2.1 La critique du contrôle.....	873
2.2.2 Le dépassement de la critique.....	874
Conclusion	876

Reconnaître la liberté d'expression a souvent été la première étape vers la démocratie. Un grand nombre de textes accordent à cette liberté une place essentielle¹, l'élevant au rang de liberté fondamentale. Malgré cette place particulière, les limites de la liberté d'expression ont toujours fait l'objet de controverses. Après une époque favorable à l'extension des frontières de la liberté d'expression contre le pouvoir étatique², on assiste

1. Voir notamment : *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (10 décembre 1948), art. 19 : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression » ; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953 ; ci-après « Convention européenne des droits de l'homme »), art. 10 : « Toute personne a droit à la liberté d'expression » ; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 26 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 217, art. 9 : « 1. Toute personne a droit à l'information. 2. Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements » ; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 13 : « Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression. »
2. Voir notamment la jurisprudence européenne : *Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 62, CEDH 2001-VIII, qui condamne le décret de 1939 donnant au ministre français un large pouvoir d'interdiction des publications étrangères. En l'espèce, la Cour est d'avis que, « si la situation très particulière régnant en 1939, à la veille de la Seconde Guerre mondiale, pouvait justifier un contrôle renforcé des publications étrangères, il apparaîtrait difficilement soutenable qu'un tel régime discriminatoire à l'encontre de ce type de publications soit toujours en vigueur ».

aujourd'hui à un renouvellement des débats autour de l'exercice de la liberté de religion.

Les rapports entre la liberté d'expression et la liberté de religion prennent divers aspects³. Tantôt, c'est la question de la liberté d'expression des religions qui pose difficulté⁴. Tantôt, et c'est là notre problématique, c'est la protection des religions contre la liberté d'expression qui interpelle. Cette confrontation de la liberté religieuse et de la liberté d'expression a conduit à des tensions amères. Ces tensions ont pris une dimension mondiale particulièrement au travers de l'affaire des « caricatures de Mahomet »⁵.

Face à la problématique, les réactions sont diverses. Pour certains États⁶, il convient de favoriser la liberté d'expression. Pour d'autres⁷,

-
3. Pour une vue d'ensemble de ces différents aspects, voir notamment : Jean DUFFAR, « Les limites à la liberté d'expression en matière religieuse en Europe », dans *L'Année canonique*, t. XLI, Paris, Éditions Letouzey & Ané, 1999, p. 71 ; Francis MESSNER, Pierre-Henri PRÉLOT et Jean-Marie WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, Juris-Classeur, p. 495-504.
 4. Voir notamment la problématique du port d'insignes religieux. Pour le cas de la France, voir, par exemple, Claude BONTEMS, « À Dieu foulard... islamique ! », *La Revue administrative*, n° 276, 1993, p. 583.
 5. Notamment Théo HASSLER, « Droit de réponse et digressions relatives aux caricatures de Mahomet », *Légipresse* 2006.III.33 ; voir aussi « Les manifestations contre les caricatures de Mahomet se poursuivent », *Le Monde*, 7 février 2006, [En ligne], [www.lemonde.fr/europe/article/2006/02/07/les-manifestations-contre-les-caricatures-de-mahomet-se-poursuivent_738612_3214.html?xtmc=contre_les_caricatures_de_mahomet&xtcr=5] (5 septembre 2012).
 6. Voir notamment le cas des États-Unis. S'inspirant du premier amendement à la Constitution fédérale, la Cour suprême déclare dans la décision *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952), que « ce n'est pas la tâche de l'État, dans notre Nation, de censurer les attaques réelles ou imaginaires contre une doctrine religieuse particulière, qu'elles apparaissent dans des publications, dans des discours ou dans des films » (la traduction est de nous). Dans le même sens, dans sa décision *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988), la Cour suprême décide que, « dans l'univers du débat portant sur les affaires publiques, beaucoup de choses qui sont faites avec des motifs bien peu admirables sont protégées par le premier amendement [...] Même quand un locuteur ou un écrivain est motivé par la haine ou la mauvaise volonté, son expression est protégée par le premier amendement » (la traduction est de nous).
 7. Voir notamment le cas de l'Allemagne. En 2006, l'ancien détenu « Manfred van H » a été condamné pour « insulte à une confession religieuse risquant d'entraîner un trouble à l'ordre public » après avoir fait imprimer sur du papier toilette le mot « Coran ». L'ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE (APCE), COMMISSION DE LA CULTURE, DE LA SCIENCE ET DE L'ÉDUCATION, *Blasphème, insultes à caractère religieux et incitation à la haine contre des personnes au motif de leur religion*, Doc. 11296 (8 juin 2007), [En ligne], [assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/workingdocs/doc07/fdoc11296.htm] (6 septembre 2012).

la liberté religieuse et le respect des sentiments religieux doivent primer. Située entre ces deux extrêmes, la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans une logique d'équilibre.

1 L'apparente régression de la liberté d'expression

S'il ne fait aucun doute que la liberté d'expression bénéficie d'une assise européenne (1.1), la répression de la diffamation religieuse (1.2) soulève des inquiétudes.

1.1 L'assise de la liberté d'expression

Au niveau européen, la liberté d'expression est garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose en son paragraphe 1 que «[t]oute 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.» À la lecture de cette disposition, il est possible d'identifier trois composantes de la liberté d'expression. La liberté d'expression comprend la liberté d'opinion, la liberté de recevoir des informations et des idées et, enfin, la liberté de communiquer des informations et des idées.

Au-delà de sa valeur intrinsèque, la liberté d'expression joue un rôle essentiel à la protection des autres droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Cette affirmation est incontestable⁸ et est relayée par la jurisprudence.

La jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes concernant la liberté d'expression est abondante⁹. Dès le 7 décembre 1976, dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme considère ceci :

La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et 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

8. CONSEIL DE L'EUROPE, *Respect des engagements pris par les États membres : informations concernant la procédure de suivi du comité des ministres*, Monitor/Inf (1997) 3 (14 novembre 1997).

9. Voir notamment le catalogue des décisions dans le document suivant : 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, n° 18, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2002.

pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas « société démocratique »¹⁰.

Depuis cette décision, la Cour n'a de cesse de rappeler que la liberté d'expression est « nécessaire dans une société démocratique¹¹ ». Pourtant, depuis ces dix dernières années, l'assise de la liberté d'expression semble vaciller sous le poids de la liberté de religion.

La liberté de religion, telle que la protège l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, représente-t-elle aussi un fondement d'une « société démocratique » au sens de la Convention ? Elle figure « 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 société¹². »

1.2 La répression de la diffamation religieuse

Il n'existe pas de définition universelle de la diffamation religieuse. Néanmoins, la diffamation religieuse est habituellement entendue comme « l'expression d'opinions anti-religieuses prenant la forme de railleries, de dénigrements, d'offenses, d'attaques, d'insultes, d'injures, de propos blasphématoires¹³ ». La diffamation trouve ses sources dans la notion de blasphème¹⁴, c'est-à-dire une « [p]arole qui outrage la divinité ou qui insulte la religion¹⁵ ».

La répression de la diffamation religieuse est encouragée au niveau international. En décembre 2007, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte une résolution¹⁶ contre la diffamation des religions, présentée par le Pakistan. Poursuivant dans la même lignée, le Conseil des droits de l'homme adopte le 27 mars 2009 une résolution dans laquelle la diffamation des religions pousse aux violations des droits humains et favorise l'instabilité sociale du monde. Au niveau européen, la répression de la diffamation

10. *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49.

11. *Sunday Times (n° 1) c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, § 65.

12. *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 31.

13. Jean-François FLAUSS, « La diffamation religieuse en droit international », L.P.A. 2002.5.

14. *Id.*

15. ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., Paris, Éditions Imprimerie nationale, 1992, s.v. « Blasphème ».

16. G.A. Res. 60/150, décembre 2007.

religieuse est une pratique courante¹⁷. Comme le souligne Flauss¹⁸, la répression peut emprunter plusieurs voies : la voie civile, administrative ou pénale. Mais c'est naturellement la voie pénale qui est « la plus discutée ».

1.2.1 La pénalisation de la répression de la diffamation religieuse

La licéité de la pénalisation de la répression n'est pas acquise de plein droit en droit international comme en droit interne¹⁹. Mais, au niveau européen, elle a été jugée licite et non contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est la Commission européenne qui, la première, tranche en ce sens. Elle considère dans l'affaire *Gay news Ltd. et Lemon* 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 juge²⁰.

17. Voir l'étude commandée par la COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Recueil des législations nationales européennes en matière de blasphème, insultes religieuses et incitations à la haine religieuse*, CDL-FR (2007) 003, Strasbourg, 8 mars 2007, et le rapport préliminaire y afférent : COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport préliminaire sur les législations nationales d'Europe relatives au blasphème, aux insultes à caractère religieux et à l'incitation à la haine religieuse adopté par la Commission à sa 70^e session plénière (Venise, 16-17 mars 2007)*, CDL-AD (2007) 006, Strasbourg, 23 mars 2007, qui mettent en évidence la diversité des législations européennes en vigueur. Par exemple, en France, il n'existe aucune loi qui sanctionne pénalement le blasphème. De même au Danemark, l'interdiction du blasphème a été abolie en 1938. Le Code pénal à l'article 140 définit aujourd'hui une infraction consistant à menacer, dénigrer ou humilier autrui pour des motifs liés à la race, à la couleur, à l'origine nationale ou ethnique, aux convictions ou à l'orientation sexuelle. Cette infraction ne semble pas pouvoir s'appliquer aux expressions insultantes pour la religion. Enfin, en Suède, l'infraction générale de blasphème a été supprimée en 1949, puis l'infraction d'insulte à caractère religieux en 1970. Au niveau international, la notion de « diffamation des religions » a été employée dans le *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la lutte contre la diffamation religieuse*, 4^e sess., A/HRC/4/50, 1^{er} mars 2007, et dans une résolution du CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *La lutte contre la diffamation religieuse*, sess., Rés. 4/9, 30 mars 2007. Le recours à la notion a vivement été critiqué. Aujourd'hui, selon les normes des Nations Unies, l'insulte religieuse ou la diffamation des religions, ne doit pas être érigée en infraction pénale.

18. J.-F. FLAUSS, préc., note 13.

19. *Id.*

20. *Gay News Ltd. et Lemon c. Royaume-Uni* (déc.), arrêt du 7 mai 1982, n° 8710/79, § 12.

Par la suite, la Cour européenne se prononce dans le même sens. Elle décide ce qui suit dans l'arrêt *Wingrove* :

De puissants arguments militent en faveur de la suppression des règles sur le blasphème [...] Cependant, un fait demeure : il n'y a pas encore, dans les ordres juridiques et sociaux des États membres du Conseil de l'Europe, une concordance de vues suffisante pour conclure qu'un système permettant à un État d'imposer des restrictions à la propagation d'articles réputés blasphématoires n'est pas, en soi, nécessaire dans une société démocratique, et s'avère par conséquent incompatible avec la Convention²¹.

Il apparaît que, pour les juridictions européennes, rien ne s'oppose à une forte répression de la diffamation religieuse. Fondée sur l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, la défense des droits d'autrui justifie la pénalisation de cette répression. Néanmoins, pour que la liberté d'expression ne perde pas toute sa substance et que « le remède [ne soit pas] pire que le mal²² », la répression de la diffamation doit obéir à l'exigence de proportionnalité.

2 La réalité d'une possible conciliation

« Dans nos sociétés plurielles secouées par des crispations identitaires autour d'objets religieux, ne devrait-on pas chercher à enraciner la tolérance dans le droit²³ ? » L'interrogation posée par Pierre-François Docquir est à la fois légitime et intéressante. S'il impose de penser « conjointement une protection forte tant de la liberté de manifester pacifiquement l'appartenance à une religion que de la liberté de critiquer les doctrines religieuses, fût-ce avec exagération et provocation²⁴ », il convient aussi et nécessairement d'en poser les modalités de mise en œuvre. En ce sens, et malgré une certaine critique (2.2), le recours au contrôle de proportionnalité (2.1) devient inévitable.

2.1 Le recours au contrôle de proportionnalité

« En affirmant le caractère absolu d'une liberté, on postule que tout concept qui lui est opposé doit céder de manière automatique. Comment

21. *Wingrove c. Royaume-Uni*, n° 17419/90, § 57, CEDH 1996-V. Voir les observations de Jean-Manuel LARRALDE, « La liberté d'expression et le blasphème », R.T.D.H. 1997.725.

22. Jacques FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006.625.

23. Pierre-François DOCQUIR, « 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*, 31 janvier 2006, de la Cour européenne des droits de l'homme) », R.T.D.H. 2006.849.

24. *Id.*

régler la question quand deux parties de la nature humaine viennent à se heurter²⁵ ? » Cette interrogation de Virginie Saint-James intéresse particulièrement notre problématique. Les libertés d'expression et de religion ne s'excluent pas, elles se concilient. Une analyse détaillée de la jurisprudence européenne démontre qu'une telle conciliation se fait au travers d'un contrôle de proportionnalité²⁶.

Pendant longtemps considéré comme complexe, inutile ou borné au droit public, le contrôle de proportionnalité constitue aujourd'hui un outil incontournable par rapport à la conciliation des droits et libertés fondamentaux. L'ascension du principe de proportionnalité²⁷ est « irrésistible²⁸ » et « foudroyante²⁹ ». Il est un principe directeur de contrôle³⁰.

2.1.1 Un contrôle de proportionnalité particulier

La liberté d'expression, particulièrement fondamentale dans son acception démocratique européenne, appelle un contrôle de proportionnalité rigoureux³¹. Mais lorsqu'elle est confrontée à la liberté de religion, la liberté d'expression ne saurait profiter pleinement d'un contrôle rigoureux. En effet, en matière religieuse, la Cour considère qu'il n'est pas possible de se fonder sur un consensus européen. Dans l'affaire *Otto-Preminger c. Autriche*, elle conclut que

comme pour la « morale » il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société [...];

-
25. Virginie SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 57.
 26. Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 557, p. 407.
 27. Guy BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », dans *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 297 ; Jeanne LEMASURIER, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan-coût-avantages" », dans *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, préc., note 27, p. 551 ; Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990 ; Michel FROMONT, « Le principe de proportionnalité », A.J.D.A. 1995.156.
 28. Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », dans *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49.
 29. Gérard LYON-CAEN, « Liberté et égalité dans le droit français du travail », *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1989.900.
 30. Rébecca-Emmanuëla PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 243.
 31. Ce contrôle de proportionnalité est dual, savoir un contrôle de nécessité et un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*.

semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible d'arriver à une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui. Dès lors, les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence³².

Relevant par là la difficulté de concilier les deux libertés, la Cour renvoie l'affaire à l'appréciation des États³³. Cette marge d'appréciation laissée aux États leur permet de fixer eux-mêmes les limites à la liberté d'expression en fonction du contexte social et culturel qui leur est propre³⁴.

Une telle interprétation de la Cour a été vivement critiquée en ce qu'elle contribue à la multiplication des standards en une matière où serait préférée une appréciation univoque. En ce sens, Jean-Manuel Larralde regrette que la jurisprudence de la Cour soit « frileuse » et permette aux États de maintenir un ordre moral assez peu conforme aux exigences d'une liberté d'expression largement entendue dans le cadre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁵. Pourtant, l'appréciation laissée aux États s'inscrit dans une logique de subsidiarité de la protection mise en place par la Cour³⁶. En effet, il incombe premièrement aux autorités nationales de veiller au respect concret et effectif des droits consacrés par la Convention. Ce principe de subsidiarité a été consacré par la Cour européenne dans l'arrêt *Handyside*. En l'espèce, la Cour affirme que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère

32. *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, série A n° 255-A, § 50; Patrick WACHSMANN, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », R.U.D.H., 1994.6.441. En l'espèce, une association avait annoncé six projections du film *Le concile d'amour*. Entre autres scènes, le film dépeignait le Dieu des religions juive, chrétienne et islamique comme un vieil homme sénile se prosternant devant le diable en l'appelant son ami.

33. Cette décision est réitérée dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., note 21, § 58. En l'espèce, la Cour décide qu'« une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils règlementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion ». Sur la marge d'appréciation des États : Lyn FRANÇOIS, « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Légipresse* 2006. II.41 et 52.

34. Elias KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 100.

35. J.-M. LARRALDE, préc., note 21, 725-732.

36. Pierre LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », dans Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 63.

subsidaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme³⁷ ». La décision pose le double principe de subsidiarité juridictionnelle et substantielle. Tout d'abord, les juridictions internes sont les premières à sauvegarder les droits de l'homme. Les institutions européennes n'y contribuent de leur côté qu'après épuisement des voies de recours internes. La Cour estime d'ailleurs que, « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer³⁸ » sur le contenu des exigences de l'ordre public et la nécessité d'une restriction à liberté. Le juge européen reconnaît la compétence première du juge interne en matière de protection des droits de l'homme. Ensuite, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme n'ont pas vocation à se substituer aux règles de droit interne. Cette interprétation est suivie par les juridictions internes³⁹.

Par ailleurs, il faut relever que, si elle laisse une marge d'appréciation aux États, la Cour européenne ne dispense pas de tout contrôle. En effet, dans la même décision, la Cour ajoute que « [c]ette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée. Elle va de pair avec un contrôle au titre de la Convention, dont l'ampleur variera en fonction des circonstances. Dans des cas [...] où il y a eu ingérence dans l'exercice des libertés garanties au paragraphe 1 de l'article 10 [...], ce contrôle doit être strict, vu l'importance des libertés en question⁴⁰. » En matière de conflit entre liberté d'expression

37. *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 10, § 48; Gérard COHEN JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme. Chroniques de jurisprudence 1976-1977 », C.D.E. 1978.341, 350; Patrice ROLLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », J.D.I. 1978.685, 706.

38. *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 10, § 48; Patrice ROLLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », J.D.I. 1980.2471; Gérard COHEN JONATHAN, « Chronique de jurisprudence. Cour européenne des droits de l'homme (1979) », C.D.E. 1980.463, 481; Robert PELLOUX, « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1979 », A.F.D.I. 1980.311.

39. Régis DE GOUTTES, « Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances... », R.T.D.H. 1995.605.

40. *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., note 32, § 50. Voir aussi la décision *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 10, § 49 et 50. La Cour précise que la Convention européenne des droits de l'homme

n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée [...] d'assurer le respect de leurs engagements [...], la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une « restriction » ou « sanction » se concilie avec [la garantie instaurée par la Convention]. La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa « nécessité ». Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante

et liberté religieuse, la Cour s'inscrit dans une logique d'autolimitation. La Cour privilégie ainsi un contrôle restreint.

2.1.2 La mise en œuvre du contrôle : le but légitime

Dans le cadre de ce contrôle restreint, le juge européen « ne pousse pas son contrôle jusqu'à l'exactitude matérielle des motifs de fait, mais se contente de la plausibilité des arguments ou motifs invoqués par l'État et d'une balance des intérêts en jeu⁴¹ ». La Cour vérifie en premier lieu la légitimité du but poursuivi, savoir la préservation des droits d'autrui. Il n'est plus à rappeler que la liberté d'expression peut être limitée. Dans son arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, la Cour précise que « l'ingérence avait pour but de protéger contre le traitement d'un sujet à caractère religieux d'une manière "qui est de nature à 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"⁴² ». La Cour poursuit en soulignant qu'indéniablement le but « correspond à celui de protection des "droits d'autrui" au sens du paragraphe 2 de l'article 10. Il cadre aussi parfaitement avec l'objectif de protection de la liberté religieuse offerte par l'article 9⁴³. » Dans cette décision, la Cour admet la limite à la liberté d'expression dès lors que les droits d'autrui et ce qui en découle, savoir le **respect des sentiments religieux**, sont atteints.

Ce rattachement du but légitime aux droits d'autrui est repris par la Cour européenne dans ses décisions *Cumpana et Mazare c. Roumanie*⁴⁴. En l'espèce, la Cour, se fondant sur l'article 10 § 2, conçoit que la liberté d'expression soit limitée dès lors que cette limitation poursuit un but légitime pouvant se rattacher à la « protection des droits d'autrui ». En l'espèce, la Cour estime que les « requérants ont excédé [...] les limites de la critique

[...] Dès lors, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de [la garantie] les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

41. Patrice ROLLAND, « Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? Sur une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », R.F.D.A. 2004.1001.

42. *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., note 21, § 48.

43. *Id.*

44. *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, n° 33348/96, 10 juin 2003 ; *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, n° 33348/96, CEDH 2004-XI ; Patrick DE FONTBRESSIN, « Les arrêts du 17 décembre 2004 de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) – Vers un principe de dignité de l'information ? », R.T.D.H. 2005.385.

admissible⁴⁵ ». C'est donc d'une critique rationnelle que doit être frappée la liberté de religion.

2.1.3 La mise en balance des intérêts

Pour juger de la rationalité des critiques apportées à la liberté de religion, la Cour procède à une mise en balance des intérêts en présence. Pour ce faire, elle se fonde sur trois critères. Tout d'abord, la Cour retient le **caractère malveillant** de l'expression. Dans la décision *Otto-Preminger*, elle relève la « violation malveillante de l'esprit de tolérance⁴⁶ ». Ensuite, la Cour soulève la **gravité de l'expression** : « L'ampleur de l'insulte aux sentiments religieux doit être importante, comme le montre bien l'emploi par les tribunaux des mots "mépris", "injure", "grossièreté", "ridicule", pour désigner un article de caractère suffisamment offensant⁴⁷. » Ce critère particulièrement subjectif est laissé à la marge d'appréciation des États. Enfin, la Cour vérifie l'**utilité de l'expression**. Elle précise en effet dans la même décision 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 humain⁴⁸ ». Il apparaît évident pour la Cour européenne que toutes les formes d'expression visant la liberté de religion n'ont pas vocation à élever un débat particulier, non plus à faire avancer la réflexion commune sur les questions religieuses. La liberté d'expression ici n'a plus de sens et prend davantage la forme d'oppression.

Au contraire, lorsque l'expression contribue à l'enrichissement des débats, la restriction est légitime. C'est en ce sens que statue la Cour européenne dans l'affaire *Giniewski*. En l'espèce, M. Giniewski avait été condamné du chef de diffamation publique envers un groupe de personnes en raison de son appartenance à une religion, pour avoir publié un texte dans *Le Quotidien de Paris*. Ce texte, intitulé « L'obscurité de l'erreur », reprochait à l'Église de prolonger un mépris à l'égard des juifs. Il stipulait que « de nombreux chrétiens ont reconnu que l'anti-judaïsme scripturaire et la doctrine de "l'accomplissement" de l'ancienne par la nouvelle Alliance conduisent à l'antisémitisme et ont formé le terrain où ont germé l'idée et

45. *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, n° 33348/96, § 57, 10 juin 2003.

46. *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., note 32, § 47.

47. *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., note 21, § 60.

48. *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., note 32, § 49.

l'accomplissement d'Auschwitz⁴⁹». Après l'échec d'un pourvoi en cassation, il saisit la Cour européenne d'une requête fondée sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Chargée de l'affaire, la Cour européenne retient « surtout que le requérant a voulu élaborer une thèse sur la portée d'un dogme et sur ses liens possibles avec les origines de l'Holocauste », apportant ainsi « une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d'idées déjà engagé⁵⁰ ». Pour la Cour, « il ne s'agit pas d'un texte comportant des attaques contre des convictions religieuses en tant que telles, mais d'une réflexion que le requérant a voulu exprimer en tant que journaliste et historien », or « le débat engagé, relatif à l'origine de faits d'une particulière gravité constituant des crimes contre l'humanité, [peut] se dérouler librement⁵¹ ».

Si les critères du contrôle de proportionnalité apparaissent clairement, ils n'emportent néanmoins pas la conviction de tous. Pourtant, il est possible de dépasser les critiques soulevées à l'encontre du contrôle de proportionnalité.

2.2 Le dépassement des critiques à l'encontre du contrôle de proportionnalité

2.2.1 La critique du contrôle

Certains considèrent que l'extension de la liberté religieuse aux sentiments religieux est forcée. Il est vrai que la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas explicitement un droit à la protection des sentiments religieux. Ce « forçage » du but légitime remettrait par ailleurs en question les bases posées dans l'arrêt *Handyside*⁵². Comment en effet garantir la liberté d'expression qui « heurte, choque et offense » en consacrant la répression de la diffamation ?

D'autres considèrent⁵³ que le sentiment religieux est un fondement qui, juridiquement, ne peut pleinement convaincre. Ce sentiment serait trop abstrait et conduirait soit à une autocensure de la liberté d'expression⁵⁴, soit

49. *Giniewski c. France*, n° 64016/00, § 14, CEDH 2006-I.

50. *Id.*, § 50.

51. *Id.*, § 51.

52. *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 10.

53. Guy HAARSCHER, « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée (I) : liberté d'expression et blasphème », (2007) 9 *Panoptica* 22.

54. Voir le concept américain de l'effet de refroidissement (*chilling effect*) dans l'affaire *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301 (1965). En l'espèce, la Cour suprême des États-Unis a invalidé une loi fédérale qui exigeait des utilisateurs de la Poste qu'ils signalent chaque fois officiellement avoir reçu de la propagande communiste.

à une certaine insécurité juridique. La relative imprévisibilité des solutions que génère la proportionnalité est dénoncée. Cette critique a d'ailleurs été élevée sur le plan international par les rapporteurs spéciaux pour la liberté d'expression de l'ONU qui, le 9 décembre 2008⁵⁵, se sont prononcés contre une interdiction de la diffamation des religions. Selon les rapporteurs, la liberté d'expression ne doit pas être limitée par des concepts abstraits ou des croyances. Ils encouragent donc les États à abolir les dispositifs restreignant illégitimement la liberté d'expression.

Ces critiques soulevées à l'encontre des fondements du contrôle de proportionnalité et plus largement à l'encontre de la restriction de la liberté d'expression peuvent être dépassées.

2.2.2 Le dépassement de la critique

Tout d'abord, il faut reconnaître que le sentiment religieux renvoie directement à la notion de dignité humaine, matrice des droits et libertés fondamentaux⁵⁶. Pour le professeur Malaurie, l'atteinte aux sentiments religieux est une question d'une gravité particulière, notamment en raison « de la profondeur et de la vivacité des sentiments religieux qui sont la base même de toute civilisation⁵⁷ ». Teilhard de Chardin a confirmé que, par la liberté de conscience, l'homme exprime « l'épanouissement de la singularité incommunicable de l'être que nous possédons⁵⁸ ».

Ensuite, il faut remarquer que, comme pour les convictions morales⁵⁹, la Cour a reconnu une certaine autonomie des convictions religieuses

55. Frank LARUE et autres, *Joint Declaration on Defamation of Religions, and Anti-terrorism and Anti-extremism Legislation*, [En ligne], [www.article19.org/data/files/pdfs/other/joint-declaration-on-defamation-of-religions-and-anti-terrorism-and-anti-ext.pdf.] (6 septembre 2012).

56. Certes, au niveau de la protection régionale des droits de l'homme, la dignité n'apparaît pas expressément dans les textes, mais elle s'en déduit. « Principe matriciel », la dignité humaine constitue « le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'homme et, partant, le droit des droits de l'homme » : Olivier CAYLA et Yan THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, Éditions Gallimard, 2002, p. 49 et suiv. Voir aussi Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Documentation française, 1999, p. 47 et suiv.

57. *Droit civil*, t. 2 « Les personnes. Les incapacités », par Philippe MALAURIE, 3^e éd., Paris, Éditions Defrénois, 2007, p. 113.

58. Pierre TEILHARD DE CHARDIN, « Quelques réflexions sur les droits de l'homme », dans *Autour de la nouvelle déclaration universelle des droits de l'homme. Textes réunis par l'U.N.E.S.C.O.*, Paris, Éditions du Sagittaire, 1949, p. 88, cité par Élisabeth MICHELET, « Religion et droit pénal », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 475, à la page 480.

59. *Müller et autres c. Suisse*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133, § 36.

par rapport aux restes des convictions. Malgré le caractère abstrait des convictions intimes, la Cour souligne dans l'arrêt *Wingrove* le caractère spécifique des convictions intimes religieuses⁶⁰. Elle précise ce caractère spécifique dans l'arrêt *Murphy*⁶¹, où elle distingue les discours politiques ou les débats sur des questions d'intérêt général ou public des convictions personnelles intimes dans le domaine moral et spécialement religieux. Bien que la notion n'ait ni objectivité ni uniformité européenne, le sentiment religieux procède d'une logique européenne bien assise. La Cour applique la méthode de l'interprétation «à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques⁶²». Comme le rappelle Sébastien van Drooghenbroeck, la subjectivité n'est pas l'arbitraire. Le juge a l'obligation d'éprouver ses choix «à l'aune des conceptions partagées par la communauté juridique à laquelle il appartient, lesquelles donnent corps au concept de société démocratique qui sous-tend toute la Convention⁶³». La notion de société démocratique sert de guide dans le mécanisme de balance des intérêts, elle constitue une valeur centre de l'ordre public européen⁶⁴. Cette méthode d'interprétation encourage une jurisprudence évolutive, non figée. La Cour relève en ce sens que «[c]e qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions⁶⁵».

Enfin, il faut reconnaître que, malgré une censure des critiques déraisonnables, la Cour européenne des droits de l'homme garantit le caractère non absolu de la liberté de religion. L'idée d'une faveur à la liberté de religion par rapport à la liberté d'expression est dépassée par la possibilité d'exercer la liberté d'expression jusqu'à l'exagération. Patrice Rolland relève en ce sens qu'«[i]l n'existe aucun droit pour les religions ou les convictions intimes d'échapper à la critique⁶⁶». Dans ces mêmes décisions où elle laisse aux États une marge d'appréciation, la Cour retient

60. *Wingrove c. Royaume-Uni*, préc., note 21, § 58.

61. *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, CEDH 2003-IX.

62. *Guzzardi c. Italie*, arrêt du 6 novembre 1980, série A n° 39, p. 29, § 95. Voir aussi sur la notion, Patrice ROLLAND, «Existe-t-il un contrôle de l'opportunité? Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des Droits de l'homme», dans Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, Paris, Éditions des Sciences et Techniques humaines, 1990, p. 47, à la page 68.

63. S. VAN DROOGHENBROECK, préc., note 26, p. 285.

64. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2011.

65. *Murphy c. Irlande*, préc., note 61, § 67.

66. P. ROLLAND, préc., note 41.

néanmoins que «[c]eux 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 foi⁶⁷.» Il serait malaisé de considérer que la Cour européenne se désavoue lorsqu'elle consacre la restriction de la liberté d'expression. Il a été vu que la Cour européenne distingue les propos «gratuitement offensants» de ceux qui élèvent les débats⁶⁸. En ce sens, Guy Haarscher conclut que, «si l'on saisit bien la subtilité "scolastique" de cette distinction, les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent sont protégés pour autant que leur expression fasse partie d'un débat politique au sens élevé du terme, ou en tout cas d'une discussion d'intérêt "sociétal" général⁶⁹».

Conclusion

Le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, s'il peut paraître en certains points encore imparfait, encourage néanmoins l'idée d'une possible conciliation entre la liberté d'expression et la liberté de religion. Le contrôle de proportionnalité ne remet pas en question la qualité des décisions. «Plutôt que de conduire à une décision subjective [...], le principe de proportionnalité pourrait au contraire traduire "*une sophistication de l'objectivation qu'assure le droit*"⁷⁰.» Se positionnant entre la montée de l'intégrisme religieux et l'absolutisme de l'expression, la Cour européenne, courageuse, offre des critères de mise en balance convaincants et laissant augurer de beaux jours pour la liberté d'expression.

67. *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, préc., note 32, § 47. Voir aussi : *Prager et Oberschlick c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A n° 313, § 38 ; Michel LEVINET, «Liberté d'expression (art. 10)», R.U.D.H., 1996.1.20. En l'espèce, la Cour précise que «la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation». Voir également l'affaire *Kokkinakis c. Grèce*, préc., note 12.

68. P. ROLLAND, préc., note 62.

69. Guy HAARSCHER, «Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée», Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/7, [En ligne], [www.philodroit.be] (5 septembre 2012).

70. Benoît GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Paris, Dalloz, 2009, p. 434.