EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE

OBSERVATIONS ECRITES EN TIERCE INTERVENTION

soumises à la Cour européenne des droits de l'homme

dans l'affaire

E.S. contre Autriche

(Requête n° 38450/12)

Le 25 mai 2016,

Grégor Puppinck,
Directeur Général.

CENTRE EUROPÉEN POUR LA JUSTICE ET LES DROITS DE L'HOMME

4, Quai Koch, 67000 STRASBOURG, FRANCE - Tél.: + 33 (0) 3 88 24 94 40 - Fax: + 33 (0) 3 88 24 94 47

Rappel des faits d'espèce

La requérante a été reconnue coupable d'avoir publiquement « dénigré une personne qui est un objet de vénération », à savoir « Mahomet », le Prophète de l'Islam, d'une manière susceptible de susciter une indignation justifiée, en violation de l'article 188 du Code pénal autrichien.
Les propos litigieux ont été tenus durant un cycle de conférences intitulé « *Connaissances de base sur l'Islam* » à l'Institut d'éducation du parti politique « *Bildungsinstitut der Freiheitlichen Partei Österreichs » (FPÖ,* Parti autrichien de la liberté) devant une trentaine de participants.
Il est reproché en substance à la conférencière d'avoir dit que Mahomet avait des tendances pédophiles (il « *aimait le faire avec des enfants* ») car il s'est marié avec une fille de six ans (Aïcha) et a consommé ce mariage lorsqu'elle avait neuf ans. La conférencière notait que cela posait problème dans la mesure où « *le plus haut commandement pour un homme musulman est d'imiter Mahomet* », ajoutant plus généralement que « *les musulmans entrent en conflit avec la démocratie et notre système de valeurs* ».
Une action pénale a été initiée par le Procureur de Vienne, suite à une plainte de journalistes agissant, semble-t-il, moins pour défendre la réputation de Mahomet que pour lutter politiquement contre le FPÖ.
- Le Tribunal régional, distinguant entre le mariage d'enfant et la pédophilie, a considéré que la requérante avait eu l'intention d'accuser à tort Mahomet d'avoir des tendances pédophiles, que ses déclarations ne sont donc pas des énoncés de faits mais des jugements de valeur désobligeants, dépassant les limites admissibles, tenus non pas dans l'intention d'aborder le sujet de manière objective mais dans le but de dénigrer Mahomet. La sanction de ces propos serait « nécessaire » pour protéger la sensibilité religieuse des fidèles musulmans ainsi que « la paix religieuse » en Autriche.
- La Cour d'appel de Vienne, le 20 décembre 2011, a rejeté l'appel de la requérante, estimant que ses déclarations ont démontré son intention de dénigrer et ridiculiser inutilement les musulmans, dépassant ainsi, selon elle, les limites admissibles de la liberté d'expression à propos d'une croyance religieuse ou d'une personne objet de culte.
- La Cour suprême, le 11 décembre 2013, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel. Elle a jugé que l'ingérence avait pour but légitime d'assurer la protection de la paix religieuse et des sentiments religieux d'autrui. Elle a conclu qu'en l'espèce, les propos n'avaient pas pour but de contribuer à ouvrir un débat sérieux, mais seulement de diffamer Mahomet pour montrer qu'il n'est pas digne de recevoir un culte ; la condamnation pénale devait alors être considérée comme une mesure nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 10 de la Convention.
La requérante a été condamnée à payer un montant total de 480 euros ou à purger une peine de soixante jours d'emprisonnement en cas de défaut de paiement.

* * *

La liberté d'expression est « *l'un des fondements essentiels de pareille société* (démocratique), *l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »[1]. La liberté de pensée, de conscience et de religion n'est pas moins importante que la liberté d'expression, elles contribuent ensemble, comme toute liberté de l'esprit, au pluralisme, à la tolérance et à l'esprit d'ouverture qui caractérisent toute société démocratique[2].
La liberté de pensée, de conscience et de religion est « *l'une des assises d'une 'société démocratique'* » et « *figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie* »[3].

[1] CEDH, *Handyside c. R-U*, 7 déc. 1976, § 49.
[2] CEDH, GC, *Leyla Sahin c/Turquie*, GC, 10 nov. 2005, §108.
[3] CEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31.

La liberté de pensée, de conscience et de religion et la liberté d'expression sont complémentaires, elles se servent mutuellement dans leurs interactions, même si celles-ci peuvent être parfois douloureuses. Sans liberté de pensée et de conscience, point de message à exprimer, et sans liberté d'expression, il serait impossible de partager et de modifier ses convictions.

I. Prévue par la loi ?

La condamnation pénale du requérant est fondée sur l'article 188 du Code pénal dont la formulation est très large :

> **Article 188 – Dénigrement des doctrines religieuses**
> « *Celui qui, dans des circonstances où son comportement est susceptible de provoquer une indignation légitime, qui dénigre ou insulte publiquement une personne étant un objet de vénération d'une église ou d'une communauté religieuse établie dans le pays, un dogme public, une coutume légitime ou une institution légale comme une église ou une communauté religieuse, est passible d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à six mois ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 360 fois le tarifs journalier.* »[4]

II. Poursuivant un but légitime ?

Quel est le but de la mesure litigieuse ? Protéger la sensibilité religieuse d'une partie de la population ou/et protéger directement des objets de croyances en eux-mêmes ?
En l'espèce, les deux : l'article 188 du Code pénal vise à sanctionner toute personne qui « *dénigre ou insulte publiquement une personne étant un objet de vénération* » (Mahomet) lorsque le comportement en cause est « *susceptible de provoquer une indignation légitime* ». L'objet de la protection conférée par l'article 188 est la croyance elle-même, tandis que le but de la sanction est la protection de la sensibilité des croyants et de la paix religieuse, car la sanction ne peut être infligée que lorsque le comportement est susceptible de provoquer une indignation légitime.

La Cour a déjà admis la légitimité de restrictions à la liberté d'expression tant par respect pour la croyance elle-même que pour la sensibilité religieuse des croyants.

1. Protéger la sensibilité religieuse d'une partie de la population

La Cour estime légitime de protéger les personnes contre le dénigrement de leurs croyances religieuses[5]. Les organes de la Convention se sont prononcés à plusieurs reprises sur des griefs émanant de personnes sanctionnées dans leur liberté d'expression pour atteinte aux sentiments des croyants[6]. La Cour a admis la légitimité d'ingérences visant à garantir les droits d'autrui et « *l'exercice paisible* » des droits garantis par l'article 9, notamment contre des « *représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse* », « *gratuitement offensantes pour autrui* »[7], lorsque celles-ci constituent une « *violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique* »[8].

---

[4] Traduction libre.
[5] CEDH, *I.A c. Turquie,* 13 septembre 2005 ; *Tatlav c. Turquie,* 2 mai 2006 ; *Giniewski c. France,* 31 janvier 2006.
[6] *Otto-Preminger-Institut c. Autriche,* 20 septembre 1994 ; *Wingrove c. Royaume-Uni,* 25 novembre 1996 ; *İ.A. c. Turquie*; *Giniewski c. France.*
[7] *Otto-Preminger-Institut c. Autriche,* § 49.
[8] *Otto-Preminger-Institut,* § 47.

Dans l'affaire la plus récente, *I.A. c. Turquie*, la Cour a jugé qu'une attaque injurieuse à caractère sexuel contre Mahomet pouvait être légitimement sanctionnée car des musulmans pratiquants pouvaient « *légitimement de se sentir attaqués de manière injustifiée et offensante* »[9] par l'ouvrage.

2. *La protection des croyances et personnes vénérées en elles-mêmes*

La Cour estime également légitime de protéger les croyances, jugeant acceptable l'incrimination de blasphème lorsqu'elle sanctionne un « *haut degré de profanation* »[10].
La Cour a noté en 1996 dans l'affaire *Wingrove* qu'« *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 Convention* »[11].
Dans l'affaire *Otto-Preminger*, en 1994, la Cour avait jugé que la diffusion d'un film constituant « *une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine* »[12] pouvait être interdite. De même, dans l'affaire *I.A. c Turquie*, la Cour a admis une sanction pour « *attaque injurieuse contre la personne du prophète de l'islam* », estimant que des personnes de confession musulmane ont pu « *légitimement* » se sentir attaquées « *de manière injustifiée et offensante* » par certains propos de l'ouvrage (§ 29)[13]. La Cour a jugé que la condamnation litigieuse « *visait à fournir une protection contre des attaques offensantes concernant des questions jugées sacrées par les musulmans* » (§ 30).

En fait, ces affaires ont en commun de mettre en scène sexuellement des personnes objet de vénération. Ainsi, la protection des croyances paraît légitime à l'encontre des représentations obscènes ayant *« une connotation sexuelle très agressive* »[14] susceptibles d'être imposées à la connaissance de croyants (par exemple par un affichage public). La jurisprudence de la Cour distingue l'obscénité, en général à connotation sexuelle (*Otto Preminger* et *Wingrove, I. A. c Turquie*) des débats *(Giniewski)*. Selon l'ECLJ, il en résulte que la diffusion d'obscénités gratuitement offensantes et inutiles au débat peut être restreinte ; le reste devrait être toléré.

En fait, on ne peut distinguer entre *protection de la croyance* et *protection des sentiments des croyants* que dans les circonstances particulières où l'objet de croyance est dénigré sans affecter les sentiments d'aucun croyant. Dans ce cas, la croyance est protégée en soi, et il s'agit réellement d'une incrimination de blasphème. C'est ce qui semble être le cas en l'espèce, car les poursuites pénales ont été initiées par le Procureur à la demande de journalistes.

3. *Le débat international sur la « diffamation des religions » et le blasphème.*

a. <u>L'initiative de l'Organisation de la Conférence Islamique</u>

---

[9] *I.A. c. Turquie,* 13 septembre 2005, § 29.
[10] *Wingrove*, § 60.
[11] *Wingrove*, § 57.
[12] *Otto-Preminger*, § 56.
[13] « *Le messager de Dieu rompait le jeûne par un rapport sexuel, après le diner et avant la prière. Mohammed n'interdisait pas les rapports sexuels avec une personne morte ou un animal vivant* ».
[14] Voir Gérard Gonzalez, «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.

En 2005, en adoptant le *Programme d'action décennal pour faire face aux défis auxquels la oummah islamique se trouve confrontée au 21eme siècle*[15], l'Organisation de la Conférence Islamique a décidé d'agir en vue d'obtenir l'interdiction internationale de la « *diffamation des religions* ». L'OCI, s'engageait alors au titre de « *la lutte contre l'islamophobie* » à « *Insister sur la responsabilité de la communauté internationale, y compris celle de tous les gouvernements, pour ce qui est de garantir le respect de toutes les religions et d'en combattre la diffamation.* » Cet effort a permis l'adoption par le Conseil des droits de l'homme d'une série de résolutions condamnant la « *diffamation de l'islam* », puis la « *diffamation des religions* »[16].

Les gouvernements et groupes attachés à la conception moderne des droits de l'homme se sont vivement opposés à cette initiative.

Dans une déclaration commune du 9 décembre 2008[17], les rapporteurs spéciaux pour la liberté d'opinion et d'expression des Nations Unies, de l'OSCE, de l'OEA et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) ont déclaré notamment :

> *« Les restrictions de la liberté d'expression doivent être limitées dans leur portée à la protection des droits individuels et des intérêts sociaux primordiaux, et ne doivent jamais servir à protéger des institutions particulières, ou des notions, concepts ou croyances abstraites, y compris religieuses. »*
>
> *« Les restrictions de la liberté d'expression en vue de prévenir l'intolérance doivent être limitées dans leur portée à l'apologie de la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou la violence. »*

À cette époque, plusieurs voix se sont aussi élevées contre l'assimilation de la critique d'une religion au racisme. Ainsi, Asma Jahangir, alors Rapporteur spécial de l'ONU sur la liberté de religion

> *« met en garde contre la confusion qui pourrait être faite entre une déclaration raciste et des propos diffamatoires à l'égard de la religion. Les éléments constitutifs de la déclaration raciste ne sont pas les mêmes que ceux qui constituent la diffamation religieuse. C'est pour cette raison que les mesures législatives, en particulier dans la sphère pénale, adoptées dans l'ordre juridique national pour lutter contre le racisme ne sont pas toujours applicables aux atteintes diffamatoires à une religion. »*[18]

b. Europe : une tendance favorable à la suppression du délit de blasphème

En Europe, en réaction notamment à l'initiative de l'OCI, une forte tendance s'exprime en faveur de la suppression du délit de blasphème. Cette tendance ressort d'une série de déclarations d'organes politiques, en particulier :

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) dans sa recommandation 1805 (2007) « *Blasphème, insultes à caractère religieux et incitation à la haine contre des personnes au motif de leur religion* » a considéré que :

> *« 4. [...] le blasphème, en tant qu'insulte à une religion, ne devrait pas être érigé en infraction pénale. [...]*

[15] « Programme d'action décennal pour faire face aux défis auxquels la oummah islamique se trouve confrontée au 21eme siècle », *Troisième session extraordinaire de la Conférence Islamique au sommet*, Makkah al Moukarramah, Arabie Saoudite, 5-6 Dhoul Qaada 1426 h/ 7-8 décembre 2005.
Accessible à l'adresse suivante : http://www.oic-oci.org/ex-summit/french/program-decennal.htm

[16] Voir Résolutions de l'Assemblée générale 60/150, 61/164, 62/154; Rés. de la Commission des droits de l'homme. 1999/82, 2000/84, 2001/4, 2002/9, 2003/4, 2004/6, 2005/3; Rés. du Conseil des droits de l'homme 4/9, 7/19)

[17] Déclaration commune de Frank LaRue, Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ; Miklos Haraszti , Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias : Catalina Botero, Rapporteur spécial de l'OEA pour la liberté d'expression ; Faith Pansy Tlakula, Rapporteur spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP).

[18] A/HRC/2/3, *supra* note 6, paragraphe 49.

15. [...] les législations nationales ne doivent sanctionner que les discours sur les religions qui troublent intentionnellement et gravement l'ordre public, et appellent à la violence publique. [...] »

La Commission européenne pour la démocratie par le droit (« Commission de Venise ») s'est exprimée dans le même sens en 2008[19]. Elle a estimé en synthèse :

4. « *que l'infraction de blasphème devrait être abolie (comme c'est déjà le cas dans la plupart des Etats européens) et qu'elle ne devrait pas être rétablie* » (89 c.), et qu'en toutes hypothèses, elle ne devrait pas faire l'objet de sanction pénale (92).
5. « *qu'il n'est pas nécessaire ni souhaitable de créer une infraction d'injure religieuse (c'est-à-dire d'insulte au sentiment religieux) en tant que telle,* » et qu'en toutes hypothèses, elle ne devrait pas faire l'objet de sanction pénale (92).
6. que seule « *l'incitation à la haine, y compris la haine religieuse, devrait être punissable de sanctions pénales* » (89 a.) « [e]*n dépit des difficultés liées à l'application du droit pénal dans ce domaine* » (91).

Les Orientations de l'Union européenne relatives à la promotion et à la protection de la liberté de religion ou de conviction[20]

En 2013, le Conseil de l'Union européenne a posé que les discours critiques formulés sur des religions ou des convictions ne peuvent être sanctionnés que s'ils entrent dans le « *cadre strict* » de l'article 20, paragraphe 2, du PIDCP qui interdit tout appel à la haine religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence, et suivant les conditions posées par cette disposition. Ces orientations indiquent notamment que :

> « *En tout état de cause, l'UE rappellera, le cas échéant, que le droit à la liberté de religion ou de conviction, consacré par les normes internationales pertinentes, n'englobe pas le droit d'avoir une religion ou une conviction qui échappe à la critique ou à la dérision* ». (...)
> « *Face à des restrictions imposées à la liberté d'expression au nom d'une religion ou d'une conviction, l'UE* » recommandera la dépénalisation des lois érigeant le blasphème en infraction et « *rappellera que le droit international relatif aux droits de l'homme protège les individus et non une religion ou une conviction en tant que telle* ».

Le Parlement européen s'est exprimé dans le même sens dans sa résolution du 27 février 2014, sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2012) (2013/2078 (INI)), recommandant la dépénalisation du blasphème en raison de son atteinte à la liberté d'expression et de son usage à des fins de persécution et de mauvais traitement ou d'intimidation (35).

c. Le consensus favorable à la sanction de la seule incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence imminente

La Résolution 16/18 du Conseil des droits de l'homme intitulée « *Lutte contre l'intolérance, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation, la discrimination, l'incitation à la violence et la violence visant certaines personnes en raison de leur religion ou de leur conviction* », adoptée par consensus le 12 avril 2011, abandonne le concept de diffamation des religions au profit d'une réaffirmation de l'article 20 paragraphe 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques qui dispose que :

[19] *Rapport sur les relations entre liberté d'expression et liberté de religion : réglementation et répression du blasphème, de l'insulte à caractère religieux et l'incitation à la haine religieuse*, 17-18 octobre 2008, Doc. n° CDL-AD(2008)026.

[20] *Orientations de l'Union européenne relatives à la promotion et à la protection de la liberté de religion ou de conviction,* N° doc. : 10963/13 COHOM 117 COPS 231 PESC 698 FREMP 83, 24 juin 2013. http://www.eurel.info/IMG/pdf/eu_lignes_directrices.pdf

> « *Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.* »

Cette Résolution repose sur la conviction que la liberté d'expression est le meilleur antidote à l'intolérance, conjuguée à des politiques qui s'attaquent aux racines de la discrimination. Elle engage les États à lutter contre l'intolérance religieuse en promouvant les droits à la liberté d'expression, à la liberté de religion ou de conviction et à la non-discrimination. Elle invite notamment les Etats à agir en :

> « f) *Adoptant des mesures pour incriminer l'incitation à la violence imminente fondée sur la religion ou la conviction;*
> g) *Comprenant qu'il faut lutter contre le dénigrement et les stéréotypes négatifs de personnes en raison de leur religion, ainsi que contre l'incitation à la haine religieuse, par la mise au point de stratégies et l'harmonisation des initiatives aux niveaux local, national, régional et international au moyen, notamment, de mesures d'éducation et de sensibilisation*; »

En synthèse, il ressort de cette Résolution et des travaux qui l'ont entourée que :

- les libertés de religion et d'expression sont complémentaires ;
- la liberté de religion protège les personnes et non les croyances en elles-mêmes ;
- l'absence de droit des croyants à ne pas faire l'objet de critiques ;
- la critique d'une religion n'est pas assimilable à une critique raciale ;
- la restriction de la liberté d'expression est un ultime recours limité à la sanction de l'incitation à la violence imminente.

L'observation générale n° 34 sur l'Article 19.

À la suite de l'adoption de la Résolution 16/18, le Comité des droits de l'homme a adopté lors de sa 102e session, (11-29 juillet 2011) une nouvelle observation générale relative à la liberté d'opinion et liberté d'expression (Doc. CCPR/C/GC/34) :

> « *48. Les interdictions des manifestations de manque de respect à l'égard d'une religion ou d'un autre système de croyance, y compris les lois sur le blasphème, sont incompatibles avec le Pacte, sauf dans les circonstances spécifiques envisagées au paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte. Ces interdictions doivent en outre respecter les conditions strictes énoncées au paragraphe 3 de l'article 19, et les articles 2, 5, 17, 18 et 26. Ainsi, par exemple, il ne serait pas acceptable que ces lois établissent une discrimination en faveur ou à l'encontre d'une ou de certaines religions ou d'un ou de certains systèmes de croyance ou de leurs adeptes, ou des croyants par rapport aux non-croyants. Il ne serait pas non plus acceptable que ces interdictions servent à empêcher ou à réprimer la critique des dirigeants religieux ou le commentaire de la doctrine religieuse et des dogmes d'une foi* ».

Le Plan d'action de Rabat. Suite à l'adoption de la Résolution 16/18, le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) a organisé en 2012 une série d'ateliers d'experts sur l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, à l'issue de laquelle les experts ont adopté un « *Plan d'action de Rabat sur l'interdiction de l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence* »[21]. Ce Plan d'action n'est pas contraignant et représente la position du HCDH. Participèrent au processus notamment les Rapporteurs Spéciaux des Nations Unies sur la liberté d'opinion et d'expression, sur la liberté de religion et de conviction, et celui sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale et de xénophobie. Les Etats n'ont assisté à ces ateliers qu'en tant qu'observateurs.

[21] Conseil des droits de l'homme, 22, Rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Rapport sur les ateliers d'experts sur l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, A/HRC/22/17/Add.4, 11 janvier 2013. https://www.article19.org/data/files/Rabat_Plan_of_Action_OFFICIAL.pdf

Le Plan d'action recommande notamment :

> "25. *States that have blasphemy laws should repeal them, as such laws have a stifling impact on the enjoyment of freedom of religion or belief, and healthy dialogue and debate about religion.*"

Cette recommandation est justifiée par les considérations suivantes :

> § 19: "*At the national level, blasphemy laws are counterproductive, since they may result in de facto censure of all inter-religious or belief and intra-religious or belief dialogue, debate and criticism, most of which could be constructive, healthy and needed. (...) Moreover, the right to freedom of religion or belief, as enshrined in relevant international legal standards, does not include the right to have a religion or a belief that is free from criticism or ridicule.*"

En 2016, le Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, le Professeur Heiner Bielefeldt, a présenté au Conseil des Droits de l'Homme un Rapport thématique consacré au lien entre le droit à la liberté de religion ou de conviction et le droit à la liberté d'opinion et d'expression[22].
Heiner Bielefeldt souligne la complémentarité, les synergies et les grandes analogies entre les articles 18 et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il insiste sur le fait que le renforcement mutuel des deux libertés est particulièrement nécessaire dans la lutte contre l'intolérance, les stéréotypes, la discrimination et l'incitation à la violence fondés sur la religion ou la conviction. S'agissant des lois sur le blasphème, le rapporteur recommande lui aussi leur abrogation (§ 84). Il a également insisté sur le droit de toute personne d'affirmer la supériorité d'une conviction particulière, ce droit étant un antidote au relativisme et une condition à la liberté d'expression, à l'existence d'un débat réel, ainsi qu'à l'exercice de la liberté de conscience par le prosélytisme.

III. La nécessité de l'ingérence dans une société démocratique ?

En l'espèce, à supposer que l'ingérence poursuive un but légitime, la mesure était-elle nécessaire ?

Il est bien connu que la Cour soutient que la liberté d'expression « *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* »[23]. Elle vaut aussi pour les propos « *polémiques* » [24].
Néanmoins, la Cour a nuancé cette affirmation, en rappelant la réserve des dispositions du paragraphe 2 de l'article 10 qui autorise une restriction au nom de la « *morale* » ou des « *droits d'autrui* » et souligne que « *quiconque exerce sa liberté d'expression assume des devoirs et des responsabilités dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé* »[25].
Existait-il un « besoin social impérieux »[26] susceptible de justifier la répression des propos du requérant ?
La Cour estime qu'« *une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion* »[27]. Cela s'explique par le fait 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 ; semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible*

[22] Conseil des droits de l'homme, Document A/HRC/31/18, 23 décembre 2015.
[23] *Handyside*, §49.
[24] *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 52.
[25] *Handyside*, § 49.
[26] *Wingrove* §58 ; *Tatlav*, §25 ; *Giniewski*, §44.
[27] *Wingrove*, §58.

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 »[28].

1. *Déclaration de fait ou jugement de valeur ?*

Les propos en cause font référence à un fait or, « *la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression* »[29]. La négation de « *faits historiques établis* »[30] peut être condamnée, mais pas leur rappel, fussent-ils déplaisants.

Il est reproché à la requérante d'avoir qualifié ce fait de « *pédophilie* » et de l'avoir étendu en disant que Mahomet « *aimait le faire avec des enfants* ».

Si ce propos devait être qualifié de jugement de valeur, il faudrait néanmoins admettre qu'il n'est pas dénué de base factuelle. Certes, ce propos est offensant, comme le sont les accusations actuelles contre les « prêtres pédophiles », car la vérité peut être plus blessante que le mensonge et la caricature. Comme en l'espèce, l'exposé d'un fait réel peut vouloir provoquer un jugement de valeur négatif, mais cela ne suffit pas à faire de cet exposé (même généralisé) un jugement de valeur injustifié.

Le gouvernement autrichien soutient que la référence à la pédophilie était anachronique et injustifiée car la relation entre Mahomet et Aïcha s'est poursuivie au-delà de la puberté d'Aïcha. Or, d'une part, le fait que les relations se soient poursuivies dans le temps n'efface pas ce qui s'est passé lorsqu'Aïcha était encore enfant. D'autre part, la moralité des rapports sexuels entre un adulte et une fille de 9 ans n'est pas une question contingente selon la culture. Tout comme l'excision, à toute époque, de tels rapports sexuels causent un mal physiologique à l'enfant. En outre, pour être physiquement capable d'avoir un rapport sexuel avec un enfant, un homme doit éprouver une attirance sexuelle envers cet enfant au moins. Il n'est pas absurde de parler de « pédophile », sans qu'il soit nécessaire que son attirance sexuelle se porte exclusivement sur les enfants.

2. *Une question d'intérêt général ?*

Les propos portent-ils sur une « *question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique'* »[31] ?

La « *connaissance de base de l'Islam* », à laquelle ces propos ont voulu contribuer, relève incontestablement de l'intérêt général. L'islam ne peut être exclu du champ du débat d'idées au motif que cet ensemble doctrinal a une importante dimension religieuse. L'islam a aussi des dimensions sociale, politique et historique qui doivent pouvoir être librement discutées. Face à l'ampleur de ce phénomène, la population a besoin d'être informée ; et cette information peut légitimement être critique dès lors qu'elle n'est pas mensongère. Mahomet est aussi une personnalité politique qui continue à exercer une forte influence, sa critique doit donc être largement possible dans le cadre du débat politique[32].

En outre, il faut constater que les faits critiqués par la requérante sont directement liés à la pratique encore actuelle du mariage des filles pré-pubères au sein de pays de culture musulmane. Selon le Fonds des Nations unies pour la population (UNFPA), entre 2011 et 2020, 50 millions de filles de moins de 15 ans devraient être mariées. Ce phénomène est aussi présent en Europe, de façon marginale.

Ainsi, dans ses « Observations finales » de mars 2016 sur les rapports périodiques de la République islamique d'Iran[33], le Comité des droits de l'enfant de l'ONU déplore les lois sur la minorité et le mariage dans ce pays. Les jeunes filles cessent d'être mineures après 9 années lunaires, les excluant de

[28] *Otto-Preminger*, §50.
[29] *Chauvy e.a. c. France*, 29 juin 2004, § 69.
[30] *Garaudy c. France*, (Dec.), 24 juin 2003.
[31] *Giniewski c. France*, 31 janvier 2006.
[32] *Lingens c Autriche*, 8 juillet 1986.
[33] UN, Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of the Islamic Republic of Iran,* CRC/C/IRN/CO/3-4, adopted by the Committee at its seventy-first session (11-29 January 2016), 14 March 2016.

la protection de la Convention des droits de l'enfant passé cet âge-là. L'âge minimal pour se marier en Iran est de 13 ans pour les filles et de 15 ans pour les garçons. Une ONG établit[34] qu'il y aurait eu 43 459 filles de moins de 15 ans mariées en 2009 et 716 filles de moins de 10 ans mariées en 2010.
En Arabie Saoudite, ce n'est que depuis 2013 que l'âge minimal des jeunes filles pour le mariage a été élevé à 16 ans et que leur accord a été formellement requis. Le Grand Mufti d'Arabie Saoudite a déclaré en 2012 que les filles sont mûres pour le mariage dès 12 ans[35].

Il est vrai que des mariages d'enfants ont aussi été célébrés autrefois en Europe, en particulier dans les familles princières, mais ces « *mariages* » étaient distincts et très antérieurs aux « *noces* » suites auxquelles l'union était consommée, en toutes hypothèses après la puberté.

3. Des propos obscènes ?

Certes, les propos litigieux mettent en cause la sexualité de Mahomet, mais ils ne sont pas obscènes pour autant. Ils s'appuient sur des éléments de faits réels permettant d'établir raisonnablement un lien avec la pédophilie.
Le rapport à la vérité est central pour juger des propos, y compris pour mesurer leur obscénité : il n'est pas équivalant de représenter la Sainte Vierge ou Joseph Smith dans des postures sexuelles, car ces personnes n'ont pas eu les mêmes comportements en la matière (J. Smith avait plus de 30 femmes). Par conséquent, le principe d'égalité n'exige pas, au contraire, de protéger de la même façon Mahomet et Sainte Thérèse ou la Sainte Vierge à l'égard des discours à caractère sexuel. Pour des propos identiques, il est beaucoup plus obscène de s'attaquer à la Sainte Vierge ou à Judith qu'à Mahomet ou à Joseph Smith.
Les religions ne sont pas équivalentes, et la vérité ne saurait être blasphématoire.

4. Un discours d'incitation à la haine et à la violence imminente fondée sur la religion ou la conviction ?

Les propos n'incitent pas à la violence imminente, ils sont compatibles avec l'article 20 paragraphe 2 du Pacte relatif aux droits civils suivant son interprétation actuelle.
Ils ne constituent pas davantage un « *discours de haine faisant l'apologie de la violence* » qui ne saurait « *passer pour compatibles avec l'esprit de tolérance et vont à l'encontre des valeurs fondamentales de justice et de paix qu'exprime le Préambule à la Convention* »[36].
Il ne s'agit pas d'une attaque véhémente, à caractère général, contre un groupe religieux dans son ensemble[37], susceptible de relever de l'article 17 de la Convention sanctionnant l'abus de droit.
Certes, on peut condamner les propos qui incitent directement à la violence contre un groupe religieux, mais non pas ceux qui, bien que raisonnables, sont susceptibles de provoquer la violence du groupe religieux considéré.

5. La portée limitée des propos

Les propos ont eu un impact très limité, car ils n'ont été prononcés que devant une trentaine de personnes averties de leur orientation critique, considérant que cette conférence était organisée dans l'Institut d'éducation du FPÖ, un parti politique notoirement connu pour être critique envers l'islam.
Ce sont les journalistes présents durant la conférence qui en portant plainte ont procuré à ces propos une plus grande portée.

6. Un trouble à l'ordre public ?

[34] Robert Tait, "Alarm as hundreds of children under age of 10 married in Iran", *The Telegraph,* 26 août 2012.
[35] Girls ready for marriage at 12 - Saudi Grand Mufti, http://www.arabianbusiness.com/girls-ready-for-marriage-at-12-saudi-grand-mufti-455146.html#.V0NBKfmLRaQ
[36] *Gunduz c. Turquie,* (Dec) 13 novembre 2003. *Surek c. Turquie (no 1),* 8 juillet 1999, § 62.
[37] *Norwood c. Royaume-Uni,* 16 novembre 2004.

En l'espèce, il n'y a pas eu de réel trouble à l'ordre public. L'action a été initiée non par une personne de religion musulmane, mais par le Procureur à la demande de journalistes opposés au FPÖ. Or, « *rien ne prouve qu'à l'époque où le requérant a tenu ses propos, le climat* [en Autiche] *était tendu et risquait de générer de graves frictions* » avec les musulmans qui y vivaient[38]. Si le but de la mesure litigieuse est d'assurer la « *paix religieuse* », sa mise en œuvre a été contre-productive en l'espèce.
Comme le souligne la Commission de Venise, la liberté d'expression peut être limitée par le respect des croyants, mais non par la peur de leur violence en réaction à ce qu'ils jugent attentatoire à leur sentiment religieux, sans quoi ce sont les « croyants » qui par leur violence fixent les limites de la liberté d'expression. La peur du conflit interreligieux ne doit pas réduire les libertés fondamentales, car c'est par le bon usage de ces libertés que ce conflit peut être dépassé.

Le fait que les propos ont été sanctionnés alors même qu'ils ont eu un très faible impact et n'ont pas réellement troublé l'ordre public indique que c'est moins la « sensibilité religieuse » des musulmans qui a été protégée que la réputation de « l'objet de croyance » en lui-même. Cela conduit à considérer que la requérante a été condamnée principalement pour blasphème, alors même que se propos ne sont pas dénués de fondement matériel. Au-delà des faits, c'est son intention de dévaloriser l'islam qui a été condamnée.

7. Une sanction pénale

Bien que relativement faible en l'espèce[39], le recours à une sanction de nature pénale, plutôt que civile, n'apparaît pas nécessaire dans une société démocratique. Une telle condamnation pénale s'oppose à la jurisprudence de la Grande Chambre dans l'affaire *Perinçek c. Suisse* (§ 280) et aux avis de « *soft law* » rapportés ci-dessus.

8. Un effet dissuasif

Même si la sanction pénale est relativement faible, l'article 188 exerce un effet dissuasif (« chilling effect ») caractérisé par un sentiment d'insécurité faisant obstacle à un débat libre. Comme le soulignent les trois juges dissidents dans l'arrêt *I. A. c. Turquie*, « *Un tel risque d'autocensure est très dangereux pour cette liberté* [d'expression], *essentielle en démocratie, sans parler de l'encouragement implicite à la mise à l'index ou aux « fatwas »*.

Conclusion :

On peut estimer que la requérante a été condamnée non pas pour avoir offensé le sentiment religieux de croyants, mais pour avoir dénigré une croyance, en elle-même, donc pour blasphème, alors même que les propos s'appuyaient sur des faits historiques avérés dont la diffusion, dans un contexte politique, participe au débat public.
Même à supposer que ces propos constituent une « *attaque injurieuse* » et que l'on puisse « *en principe [...] juger nécessaire de sanctionner des attaques injurieuses contre des objets de vénération religieuse* »[40], il n'apparaît pas que cette condamnation pénale ait été nécessaire en l'espèce.

[38] *Perincek c. Suisse*, 15 octobre 2015, § 244.
[39] *I.A. c/Turquie*, §32.
[40] *I. A. c. Turquie*, § 24.