



OBSERVATIONS ÉCRITES

soumises en tierce intervention à la Cour constitutionnelle de la République algérienne démocratique et populaire dans l'affaire

Abderazak Bachir Boubedjra c. Saïd Djabelkhir

(Décision n° 02/D. CC/ EI/22)

Grégor Puppink, Directeur.

Yassine Mansour, chercheur associé.

Janvier 2022

Rappel des faits d'espèce

1. Le défendeur, M. Saïd Djabelkhir, est un journaliste et docteur en philosophie né en 1964 et résident à Alger. Islamologue reconnu, spécialiste du soufisme, Saïd Djabelkhir, est poursuivi par un enseignant et six avocats pour avoir, entre autres, expliqué que certains rituels existaient avant l'islam, à l'image des pèlerinages, qui se pratiquaient dans un cadre païen. Il avait affirmé que « *le rituel autour de la Kaaba, à La Mecque, existait avant l'islam et était une pratique païenne, que la consommation de l'urine de chameau pour ses vertus n'a jamais été préconisée par le Prophète, tout comme "l'allaitement" d'adultes et le mariage des petites filles. Une opinion, qui, selon lui, repose sur des recherches confirmées par de nombreux savants de l'islam¹* ».
2. Le plaignant, M. Abderazak Bachir Boubedjra, un professeur universitaire de Sidi Bel Abbès, a trouvé ces opinions « attentatoires » à l'islam et à sa personne. Les débats étaient très houleux et parfois violents par les interventions de certains avocats des plaignants à l'égard du prévenu, poussant la présidente du tribunal à les rappeler à l'ordre.
3. Une tribune collective pour l'acquittement de M. Saïd Djabelkhir et la liberté scientifique en Algérie a été signée par les 19 personnalités européennes et algériennes suivantes :
 - ❖ Waleed Al-Husseini, essayiste palestinien
 - ❖ Djemila Benhabib, journaliste et essayiste canado-algérienne
 - ❖ Heiner Bielefeldt, philosophe, ancien rapporteur spécial des Nations Unies pour la liberté de religion ou de conviction
 - ❖ Mohamed-Christophe Bilek, fondateur de Notre-Dame de Kabylie
 - ❖ Giovanni Bonello, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme
 - ❖ Javier Borrego Borrego, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme.
 - ❖ Rémi Brague, philosophe, membre de l'Institut de France
 - ❖ Chantal Delsol, philosophe, membre de l'Institut de France
 - ❖ Alfred de Zayas, historien, écrivain et ancien expert indépendant des Nations unies sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable
 - ❖ Zineb El Rhazoui, journaliste et militante des droits de l'homme
 - ❖ Ján Figel', ancien envoyé spécial de l'Union européenne pour la promotion de la liberté de religion
 - ❖ Claude Gilliot, islamologue français
 - ❖ Claude Habib, professeure universitaire
 - ❖ Annie Laurent, journaliste et essayiste française
 - ❖ Yassine Mansour, doctorant
 - ❖ Hela Ouardi, professeure universitaire et écrivaine tunisienne
 - ❖ Grégor Puppink, directeur de l'ECLJ et ancien membre du panel de l'OSCE pour la liberté de religion ou de conviction
 - ❖ Boualem Sansal, écrivain algérien
 - ❖ Boštjan Zupančič, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme

¹ <https://www.elwatan.com/a-la-une/luniversitaire-said-djabelkhir-condamne-a-3-ans-de-prison-menace-sur-la-liberte-dopinion-et-de-conscience-24-04-2021>

Procédure

4. M. Saïd Djabelkhir a été condamné en première instance à trois ans de prison ferme et 50 000 dinars d'amende pour « dénigrement de dogme ou des préceptes de l'islam » sur la base de l'article 144 bis 2 du code pénal le 22 avril 2021. Le défendeur a interjeté appel. La Cour d'appel d'Alger, le 20 octobre 2021, a sursis à statuer et a transmis la requête d'exception d'inconstitutionnalité visant l'article 144 bis 2 du code pénal à la Cour constitutionnelle sur la base de l'article 195 de la Constitution.
5. **Question soulevée par l'affaire :** La question est de savoir si l'article 144 bis 2 du code pénal est conforme à la Constitution. La restriction de la liberté d'expression de M. Saïd Djabelkhir sur la base de l'article 144 bis 2 du code pénal est-elle conforme aux articles 51 et 52 de la Constitution et à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 ? Les juges du fond ont-ils respecté un juste équilibre entre le droit à la liberté d'opinion et d'expression (articles 51 et 52 de la Constitution et article 19 du PIDCP) et le droit à la liberté de religion des croyants (article 18 du PIDCP) ?
6. **Droit constitutionnel applicable :** Le constituant algérien déclare souscrire à la conception universaliste des droits de l'homme dans le préambule de la Constitution : « *Le peuple algérien exprime son attachement aux Droits de l'Homme tels qu'ils sont définis dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 et les traités internationaux ratifiés par l'Algérie.* » Le préambule de la Constitution fait partie intégrante de la Constitution.

L'article 51 de la Constitution dispose que « *la liberté d'opinion est inviolable* ». L'article 52 de la Constitution dispose que « *la liberté d'expression est garantie* ».

7. **Droit conventionnel applicable :** L'Algérie a ratifié sans réserve le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 dont l'article 19 garantit la liberté d'expression et admet la possibilité de le soumettre « *à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires: a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui; b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.* »

Après des débats opposant les pays de l'Organisation de la Coopération Islamique (OCI) aux pays occidentaux, l'ONU a rejeté en 2011 la notion de « diffamation des religions », avec l'adoption de la Résolution 16/18 du Conseil des Droits de l'homme, renvoyant à l'article 20 du PIDCP de 1966. En janvier 2013, Le Haut Conseil des Nations Unies aux droits de l'Homme adopte le *Plan d'action de Rabat recommandant l'abolition des lois sur le blasphème*. Il estime que le droit protège les personnes non les religions ou les croyances, que la critique religieuse n'est pas assimilable à une critique raciale, que le droit à la liberté de religion et de conviction et le droit à la liberté d'opinion et d'expression sont intimement liés, et que la liberté d'expression ne peut être restreinte qu'en cas d'incitation à « *la violence imminente*². »

Dans une déclaration commune du 9 décembre 2008, 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 :

² Plan d'action de Rabat sur l'interdiction de tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence. Conclusions et recommandations issues des quatre ateliers d'experts organisés par le HCDH en 2011 et adoptés par les experts à Rabat le 5 octobre 2012.

« 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 à la violence³. »

L'observation générale n° 34 sur l'Article 19 du PIDCP

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

4

En 2016, le Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction, le Professeur Heiner Bielefeldt, signataire de la tribune pour l'acquiescement de M. Saïd Djabelkhir, 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'expression⁴. Heiner Bielefeldt souligne la complémentarité, les synergies et les grandes analogies entre les articles 18 et 19 du PIDCP. 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.

8. Quel problème de droit ?

³ 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 Harastzi, 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).

⁴ Conseil des droits de l'homme, Document A/HRC/ 31/18, 23 décembre 2015.

La question est de savoir si les restrictions à la liberté d'expression portées par l'article 144 bis 2 du code pénal sont nécessaires pour le respect des droits ou la réputation d'autrui et pour la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique.

Eclairage du droit européen

9. La jurisprudence européenne sur la liberté d'expression est abondante. À plusieurs reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que la possibilité pour les individus de s'exprimer librement comporte des risques sur les droits d'autrui⁵.
10. Le Conseil de l'Europe, la Commission de Venise et le Parlement européen ont tous émis des critiques à l'encontre des lois sur le blasphème et plaidé pour la dépénalisation de ces infractions. Lors du forum organisé en 2010 par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies sur la diffamation des religions, le représentant de l'Union européenne a déclaré que la notion de diffamation ne devait pas relever des droits de l'homme car elle est en contradiction avec la liberté d'expression. Le 5 mars 2020, la Commission européenne a rappelé que la liberté d'expression s'étend aux informations et aux idées « *qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population, [car] ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'y a pas de société démocratique*⁶ » et qu'il appartient aux États membres de veiller à ce que leurs obligations en matière de droits fondamentaux — découlant d'accords internationaux et de leur législation interne — soient respectées⁷.

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 la religion » a considéré que :

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

15. [...] les législations 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. Elle a estimé en synthèse :

4. « que l'infraction du 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.) « en dépit des difficultés liées à l'application du droit pénal dans ce domaine ». (91).

⁵ Voir par exemple : *Delfi AS c. Estonie* [GC], n° 64569/09, 16 juin 2015, §§ 110 et 133.

⁶ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 décembre 1976, § 49.

⁷ Réponse donnée par M. Reynders au nom de la Commission européenne à la question n° E-004457/2019.

Les Orientations de l'Union européenne relatives à la promotion et à la protection de la liberté de religion ou de conviction⁸

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 :

« 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 dépenalisation 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 dépenalisation 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).

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

11. Ces quatre dernières années, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est apparue comme instable et manquant de cohérence, en particulier entre les affaires *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie*⁹, *Mariya Alekhina et autres c. Russie*¹⁰, *E.S. c. Autriche*¹¹ et *Tagiyev et Huseynov c. Azerbaïdjan*¹². C'est la raison pour laquelle les présentes observations auront principalement un caractère théorique et viseront à clarifier les justes critères d'appréciation de la conventionnalité des discours critiques des religions et de leur sanction (I). Nous proposons des critères pour distinguer entre propos constitutifs d'une critique constructive (insusceptibles de sanction), d'une offense gratuite (pouvant être sanctionnés) et d'un discours de haine et d'intolérance (nécessairement sanctionnés); puis des critères pour apprécier la proportionnalité des sanctions pouvant être portées aux offenses gratuites. Dans la seconde partie, nous proposons une application de ces critères aux faits de l'espèce (II)

⁸ Les 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, <https://eurel.info/spip.php?article2178>

⁹ CEDH, *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie*, n° 69317/14, 31 janvier 2018.

¹⁰ CEDH, *Mariya Alekhina et autres c. Russie*, n° 38004/12, 17 juillet 2018.

¹¹ CEDH, *E.S. c. Autriche*, n° 38450/12, 25 octobre 2018.

¹² CEDH, *Tagiyev et Huseynov c. Azerbaïdjan*, n° 13274/08, 5 décembre 2019.

I. PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN APPLICABLES EN L'ESPECE

Comparaison des portées et limites des libertés de religion et d'expression

12. L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme protège à la fois le droit d'adopter une croyance (*for interne*) et de la manifester (*for externe*). La protection du *for interne* est illimitée, puisque l'adoption d'une croyance relève de la conscience elle-même et concerne donc l'être intime de la personne. La protection du *for externe* est étendue et garantit la liberté de manifester sa religion « *individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* » (art. 9 § 1). La protection du *for externe* peut cependant être soumise à des limitations, puisqu'elle concerne les actions de la personne. Ces limitations doivent être prévues par la loi, poursuivre un objectif légitime et être nécessaires dans une société démocratique (art. 9 § 2).
13. Le droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10 de la Convention, protège le droit de ne pas s'exprimer (*for interne*) et principalement celui de s'exprimer (*for externe*). L'expression est par définition une manifestation, que ce soit d'une idée, d'un sentiment, d'une émotion ou d'une façon d'être. C'est pourquoi l'exercice positif de la liberté d'expression n'est jamais exempt de limitations. Celles-ci doivent être prévues par la loi, poursuivre un objectif légitime et être nécessaires dans une société démocratique (art. 10 § 2). Les objectifs légitimes cités dans l'article 10 § 2 sont plus nombreux que ceux de l'article 9 § 2, du fait de la différence de la nature entre ces deux libertés.
14. L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne correspond à l'article 10 de la CEDH.
15. Remarquons que, d'après la Convention européenne des droits de l'homme, l'exercice de la liberté d'expression est plus encadré que celui de la liberté de religion. Ainsi, il est explicitement mentionné que l'exercice de la liberté d'expression comporte des « devoirs et responsabilités » (art. 10 § 2). Cette précision n'est pas présente dans l'article 9 sur la liberté de religion. De plus, les limitations prévues à l'article 10 § 2 peuvent être des « formalités, conditions, restrictions ou sanctions » ; dans l'article 9 § 2, il est seulement question de « restrictions ». Or, une « formalité » et une « condition » sont des préalables nécessaires à l'accomplissement d'un acte. Au contraire, une « restriction » touche uniquement à la portée d'un acte, mais pas à son accomplissement. Par ailleurs, une « sanction » est de l'ordre de la répression ; elle peut pénaliser tant la portée d'un acte que l'acte lui-même.
16. Les affaires de liberté d'expression en matière religieuse touchent à la question de la limitation du droit à la liberté d'expression afin de protéger les droits d'autrui (art. 10 § 2), en l'occurrence le droit à la liberté de religion. De manière symétrique, ces affaires peuvent aussi s'analyser comme relevant de la question de la limitation du droit à la liberté de religion afin de protéger les droits d'autrui (art. 9 § 2), en l'occurrence la liberté d'expression. Suivant ces deux approches, il s'agit d'une mise en balance entre deux droits ; et dans les deux cas, l'État a des obligations positives (protection de leur exercice) et négatives (non-ingérence dans leur exercice).

Remarques générales sur quelques écueils à éviter

Une protection subjective et individuelle

17. Une attaque contre des croyances religieuses constitue une ingérence dans les droits reconnus à l'article 9 de la Convention, en particulier le droit de *jouir paisiblement* de la liberté religieuse¹³. Dans sa jurisprudence, la Cour a reconnu la légitimité de protéger les « *sentiments religieux*¹⁴ », les « *doctrines et croyances religieuses*¹⁵ », les « *objets de vénération religieuse*¹⁶ ». La Cour ne protège donc pas les doctrines ou objets en tant qu'ils seraient sacrés *en soi*, mais en tant qu'ils sont l'objet de la croyance de personnes. L'approche adoptée est donc subjective et individuelle : la dignité et la liberté des personnes sont protégées, et non le sacré *in se*.
18. Pour que la garantie de l'article 9 soit applicable, il convient en outre que les croyances religieuses des personnes offensées soient « *sincères et profondes*¹⁷ », liées à une « *religion connue*¹⁸ » et qu'elles atteignent « *un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance*¹⁹ ». Toute croyance ne mérite pas la même protection, et seuls les croyants sincères peuvent s'en prévaloir.
19. La Cour européenne a généralement retenu cette approche de principe, à l'exception de l'arrêt *E.S. c. Autriche* du 25 octobre 2018²⁰ dans lequel elle a validé la condamnation d'une conférencière, au motif que ses paroles, bien qu'historiquement exactes et n'ayant causé aucun trouble à l'ordre public, « *pouvaient uniquement être comprises comme tournées vers le but de démontrer que Mahomet n'était pas digne d'être vénéré*²¹ ». Dans cette affaire, la Cour a protégé l'objet de croyance, et non les croyants eux-mêmes (absents de l'auditoire) et s'est écartée de sa jurisprudence constante. Cet arrêt, controversé et critiqué par des [observateurs](#)²² et des [chercheurs occidentaux](#)²³ a été [salué par plusieurs hautes autorités islamiques](#), qui y avaient vu une validation de leur répression générale des « *blasphèmes contre le prophète* », les mêmes autorités islamiques qui avaient milité, avec le concours de l'OCI, pour la reconnaissance internationale d'un délit de « *diffamation des religions* », délit rejeté par l'ONU en 2011. Peu après, la Cour européenne a adopté une position inverse dans l'affaire *Tagiyev et Huseynov*, alors même que la critique portée à l'islam était beaucoup plus violente et non

¹³ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, n° 13470/87, 20 septembre 1994, § 47.

¹⁴ *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, n° 13470/87, 20 septembre 1994, § 48 ; *Klein c. Slovaquie*, n° 72208/01, 31 octobre 2006, § 45.

¹⁵ *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, 10 juillet 2003, §§ 63 et 64.

¹⁶ *Otto-Preminger, op. cit.*, §§ 47 et 49.

¹⁷ *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, 7 juillet 2011, § 110.

¹⁸ *Valsamis c. Grèce*, n° 21787/93, 18 décembre 1996, § 26.

¹⁹ *Folgero et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02, 29 juin 2007, § 84. Voir aussi : *Valsamis, op. cit.*, §§ 25 et 27 ; *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, nos 7511/76, 7743/76, 25 février 1982, §§ 36-37.

²⁰ *E.S., op. cit.*

²¹ *Ibid.*, § 52.

²² [Délit de blasphème : «La CEDH n'est pas Charlie !» \(lefigaro.fr\)](#)

²³ Voir aussi : Sohrab Ahmari, "[The Day Free Speech Died in Europe](#)," *Commentary*, 26 octobre 2018 ; Emmanouil Bougiakiotis, "[E.S. v Austria: Blasphemy Laws and the Double Standards of the European Court of Human Rights](#)," UK Constitutional Law Association, 22 novembre 2018 ; Stijn Smet, "[E.S. v. Austria: Freedom of Expression versus Religious Feelings, the Sequel](#)," *Strasbourg Observers*, 11 novembre 2018 ; Shane Armstrong, "[The Case of E.S. v. Austria: What it Means for the Rights of Europeans](#)," *Liberalistia*, 3 novembre 2018 ; Graeme Wood, "[In Europe, Speech Is an Alienable Right](#)," *The Atlantic*, 27 octobre 2018 ; Matthew Scott, "[The ECtHR has not created a European blasphemy law but it has produced a lamentable judgment](#)," *BarristerBlogger.com*, 27 octobre 2018 ; Simon Cottee, "[A Flawed European Ruling on Free Speech](#)," *The Atlantic*, 31 octobre 2018 ; Marko Milanovic, "[Legitimizing Blasphemy Laws Through the Backdoor: The European Court's Judgment in E.S. v. Austria](#)," *European Journal of International Law*, 29 octobre 2018.

factuelle²⁴. Cela montre que l'arrêt *E.S. c. Autriche* est accidentel et non représentatif de la position constante de la Cour.

La référence à « la paix religieuse et la tolérance » est insuffisante

20. La Cour souligne le rôle de l'État d'« assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique²⁵ ».

Il est vrai que la paix est le plus grand bien de la société ; et il est donc juste que, pour la préserver, les autorités limitent parfois les libertés individuelles. Il convient toutefois de veiller à ce que la liberté de dire la vérité en matière religieuse, comme en toute autre matière, ne soit pas sacrifiée à la crainte d'offenser une partie de la population, comme dans l'affaire *E. S.*²⁶. La civilisation repose notamment sur la conscience du fait qu'il n'y a pas de paix durable sans vérité et sans justice. Une paix durable découle d'une adhésion à la vérité ou, en cas de pluralisme, d'une recherche et discussion communes de la vérité.

C'est précisément la position de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, aussi appelée commission de Venise, et de nombreuses autres autorités, lorsqu'elle déclare ;

« *La véhémence des réactions d'un groupe donné à des insultes peut (...) jouer un rôle : la crainte de réactions incontrôlées pourrait inciter à des précautions particulières à l'égard, par exemple, des musulmans* » ; « *S'abstenir d'exprimer certains points de vue peut être une attitude tout à fait justifiée lorsqu'elle vise à ne pas heurter gratuitement les sentiments d'autrui, mais inacceptable lorsqu'elle procède d'une crainte de réactions violentes*²⁷ ».

Ces réflexions sont relatives aux croyances religieuses. Les affaires de liberté d'expression en matière religieuse se jouent également au niveau de l'expression en cause. Sur ce plan, il est utile de différencier entre plusieurs types d'expression.

Distinguer entre critique constructive, offense gratuite et discours de haine et d'intolérance

Distinguer entre critique constructive et offense gratuite

21. Selon la Cour européenne, parmi les devoirs et responsabilités constitutifs de la liberté d'expression, « *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*²⁸ ». Par conséquent, il ne suffit pas de constater une offense aux croyants pour qu'une expression puisse être restreinte. Encore faut-il que cette offense soit gratuite, c'est-à-dire délibérée et voulue pour elle-même. En effet, la Cour oppose l'offense gratuite à celle qui vise un autre objectif, comme la contribution à un débat d'intérêt public²⁹.

Quatre critères sont présents dans la jurisprudence de la Cour :

²⁴ Son arrêt *Tagiyev et Huseynov*, précité, en témoigne.

²⁵ *Otto-Preminger-Institut*, *op. cit.*, § 49.

²⁶ *E.S.*, *op. cit.*, § 50.

²⁷ *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](#), §§ 78 et 83.

²⁸ *Otto-Preminger-Institut*, *op. cit.*, § 49.

²⁹ *Godlevskiy c. Russie*, n° 14888/03, 23 octobre 2008, § 47.

L'existence d'une base factuelle

22. La Cour distingue entre déclarations factuelles et jugements de valeur. Dans le premier cas, la matérialité des faits doit être recherchée ; dans le second cas, c'est une question de liberté d'opinion et une démonstration de l'exactitude des faits n'est pas requise³⁰. Toutefois, « *même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, elle doit se fonder sur une base factuelle suffisante, faute de quoi elle serait excessive*³¹ ». Dans toutes les affaires touchant à la liberté d'expression, l'existence d'une « *base factuelle suffisante* » doit donc être déterminée. À cet égard, il convient de veiller à protéger la liberté d'expression des discours de nature scientifique en matière religieuse, qui ont nécessairement une base factuelle. Il est possible de considérer qu'un discours scientifique ou académique ne saurait, par définition, porter atteinte à la liberté de religion, car la science et les religions sont sensées avoir la vérité comme objet commun.

Une question d'intérêt général ?

23. Si l'expression porte sur une « *question relevant incontestablement de l'intérêt général dans une société démocratique*³² », la Cour interprète plus strictement les restrictions possibles à la liberté d'expression. La notion de question d'intérêt général a été explicitement définie par la Cour :

*« Ont trait à un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité. Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé. L'intérêt public ne saurait être réduit aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, ni au goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le voyeurisme*³³ ».

10

Des propos obscènes ?

24. Pour un même contenu, une expression peut respecter les règles de décence et de courtoisie ou au contraire être obscène. En cas d'obscénité, la Cour accepte que la sanction soit renforcée. Elle a par exemple déjà validé une condamnation à une peine d'emprisonnement de trente mois pour publication d'un article obscène sur un site Internet, en acceptant qu'une sanction purement financière aurait été une peine trop légère et insuffisamment dissuasive³⁴.

Quelle intention ?

25. La Cour tient compte de l'intention de l'auteur de la déclaration en cause. Ainsi, elle a déjà protégé la liberté d'expression d'un journaliste ayant suscité et diffusé des propos racistes, en raison de son intention antiraciste³⁵. Elle a également pris en compte la « *malveillance* » d'expressions en matière religieuse³⁶.

Cependant il est difficile de juger des intentions des personnes, ce que sept juges avaient fait remarquer dans deux opinions dissidentes dans l'arrêt *Jersild c. Danemark* [GC]³⁷. L'excès

³⁰ Voir par exemple : *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, 17 décembre 2004, § 76 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], nos 21279/02 et 36448/02, 22 octobre 2007, § 55.

³¹ *Ibid.*

³² *Giniewski c. France*, n° 64016/00, 31 janvier 2006, § 51.

³³ *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* [GC], n° 931/13, 27 juin 2017, § 171.

³⁴ *Perrin c. Royauume-Uni* (déc.), n° 5446/03, 18 octobre 2005.

³⁵ *Jersild c. Danemark* [GC], n° 15890/89, 23 septembre 1994, § 35.

³⁶ *Otto-Preminger, op. cit.*, § 47.

³⁷ *Jersild* [GC], *op. cit.*, Opinion dissidente commune aux juges Ryssdal, Bernhardt, Spielmann et Loizou, § 3 ; Opinion dissidente commune aux juges Gölcüklü, Russo et Valticos.

d'une appréciation fondée sur des intentions prêtées à l'auteur a été dénoncé plus récemment à l'occasion de l'arrêt *E.S. c. Autriche*³⁸.

Il peut toutefois être parfois possible et utile de distinguer selon que l'intention *principale* de l'auteur des propos litigieux est d'informer ou de blesser. Il convient en effet d'éviter qu'un propos informatif puisse être censuré au motif qu'il a aussi pour effet *secondaire* de blesser des personnes dans leurs croyances.

Distinguer entre offense gratuite et discours de haine et d'intolérance

26. Lorsque l'offense est gratuite et qu'elle atteint un certain degré, elle peut tomber dans la catégorie des discours de haine et d'intolérance religieuse. De tels discours entrent dans le champ de l'article 17 de la Convention européenne et perdent la protection de la liberté d'expression. Il n'est alors plus question de mettre en balance la liberté d'expression et la liberté de religion, mais de s'assurer que l'État a accompli son obligation positive de protéger les croyants de la haine.

Dans l'affaire *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, la Cour a rappelé :

« les commentaires qui constituent un discours de haine et une incitation à la violence, et qui sont donc clairement illégaux à première vue, peuvent en principe obliger les États à prendre certaines mesures positives » ; « l'incitation à la haine n'implique pas nécessairement un appel à un acte de violence ou à d'autres actes criminels. Les attaques contre des personnes commises en insultant, en ridiculisant ou en calomniant des groupes spécifiques de la population peuvent suffire pour que les autorités favorisent la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression exercée de manière irresponsable »³⁹.

27. Cette jurisprudence est en cohérence avec l'article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, obligeant les États à interdire par la loi « *tout appel à la haine [...] religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence* ».
28. Ainsi, en résumé, trois cas distincts existent : celui de la **critique constructive**, notamment scientifique, qui a une totale légitimité et ne peut pas être restreinte ; celui de **l'offense gratuite**, dont la restriction est légitime ; celui de la **haine ou intolérance religieuses**, que l'État a l'obligation de réprimer.

Il convient enfin de vérifier la proportionnalité de la sanction ou de l'absence de sanction portée au discours litigieux, lorsque les faits portent sur une offense gratuite ou un discours de haine et d'intolérance. Nous proposons les critères suivants.

Critères de proportionnalité de la sanction

29. Lorsque les articles 9 et 10 sont tous deux applicables et doivent être mis en balance, un examen de proportionnalité est nécessaire. On se place dans le cas de figure où une expression gratuitement offensante pour des croyances religieuses est constatée. Si cette expression a été sanctionnée par l'État, l'ingérence se situe dans les droits garantis à l'article 10 et sa proportionnalité doit être vérifiée par la Cour. Si cette expression n'a pas été

³⁸ Voir : Grégor Puppincq, « Délit de blasphème : « La CEDH n'est pas Charlie ! », *Figaro Vox*, 26 octobre 2018 ; « La CEDH reviendra-t-elle sur la condamnation d'une personne qui avait taxé Mahomet de pédophilie ? », *Figaro Vox*, 15 février 2019.

³⁹ *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, n° 41288/15, 14 janvier 2020, § 125 (traduction libre).

sanctionnée par l'État, l'ingérence se situe dans les droits garantis à l'article 9 et sa proportionnalité doit être vérifiée par la Cour si les victimes s'en plaignent. Dans les deux cas, les critères ci-dessous peuvent contribuer à la rigueur de l'examen de proportionnalité, en cohérence avec la jurisprudence constante de la Cour.

La portée de la déclaration

30. Pour une expression, la Cour prend en compte l'ampleur de sa diffusion, qui peut être internationale, nationale ou locale, importante ou faible⁴⁰, en accès payant ou libre⁴¹. Les effets du média utilisé comptent aussi, avec par exemple des effets plus immédiats et puissants pour l'audiovisuel que pour la presse écrite⁴².
Par ailleurs, la Cour évalue aussi la vulnérabilité du public ayant accès au discours litigieux, en particulier lorsque le public ciblé est jeune⁴³.

L'existence d'un trouble à l'ordre public

31. Si, comme expliqué précédemment, l'absence superficielle de trouble ne suffit pas à la réalisation d'une paix durable, il est néanmoins important d'évaluer l'existence ou la potentialité d'un trouble à l'ordre public. La Cour a pu prendre en compte cela dans des affaires de discours séparatistes⁴⁴, d'apologie du terrorisme⁴⁵ ou de révisionnisme historique⁴⁶.

La nature et l'importance de la sanction

32. La Cour attache de l'importance, dans son analyse de la proportionnalité, au fait que le juge national opte pour la mesure la moins restrictive parmi plusieurs mesures possibles⁴⁷. Les sanctions de nature pénale et non civile sont plus rarement validées par la Cour en matière de liberté d'expression⁴⁸.
La Cour considère souvent qu'une censure d'ordre général, dans le temps et dans l'espace, est disproportionnée⁴⁹. Une telle censure peut favoriser l'autocensure et avoir un effet dissuasif pour tout propos critique⁵⁰.
À l'inverse, l'absence totale de sanction peut aussi être considérée comme une validation d'une ingérence disproportionnée dans la liberté de religion.

La marge d'appréciation compte tenu de la culture locale

33. La portée de la marge d'appréciation garantie aux États par la Cour correspond à la « reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe⁵¹ ». Dans les domaines susceptibles d'offenser des

⁴⁰ Voir : *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, n° 53678/00, 16 novembre 2004, § 47 ; *Gourguénidzé c. Géorgie*, n° 71678/01, 17 octobre 2006, § 55 ; Klein, *op. cit.*, § 48.

⁴¹ Voir : *Kaos GL c. Turquie*, n° 4982/07, 22 novembre 2016, § 61.

⁴² Voir : *Purcell et autres c. Irlande* (déc.), n° 15404/89, 16 avril 1991 ; *Jersild c. Danemark* [GC], n° 15890/89, 23 septembre 1994, § 31 ; *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], n° 48876/08, 22 avril 2013, § 119.

⁴³ Voir : *Vejdeland et autres c. Suède*, n° 1813/07, 9 février 2012, § 56.

⁴⁴ Voir : *Gül et autres c. Turquie*, n° 4870/02, 8 juin 2010, § 42 ; *Kılıç et Eren c. Turquie*, n° 43807/07, 29 novembre 2011, §§ 29-30 ; *Bülent Kaya c. Turquie*, n° 52056/08, 22 octobre 2013, § 42.

⁴⁵ Voir : *Leroy* (déc.), *op. cit.*, § 36.

⁴⁶ Voir : *Perinçek c. Suisse* [GC], n° 27510/08, 15 octobre 2015, § 244.

⁴⁷ Voir : *Axel Springer SE et RTL Television GmbH c. Allemagne*, n° 51405/12, 21 septembre 2017, § 56 ; *Perinçek*, *op. cit.*, § 273 ; *Tagiyev et Huseynov*, *op. cit.*, § 49.

⁴⁸ Voir : *Perinçek* [GC], *op. cit.*, § 280.

⁴⁹ *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, n° 68354/01, 25 janvier 2007, § 37 ; *Éditions Plon c. France*, n° 58148/00, 18 mai 2004, § 53.

⁵⁰ Voir : *Bédat c. Suisse* [GC], n° 56925/08, 29 mars 2016, § 79.

⁵¹ *Akdaş c. Turquie*, n° 41056/04, 16 février 2010, § 30.

convictions personnelles relevant de la morale ou de la religion, la marge d'appréciation laissée aux États est particulièrement large⁵², y compris sur la morale sexuelle⁵³. Cette large marge d'appréciation est accordée en raison de l'absence de conception uniforme sur ces questions, dans les pays européens⁵⁴.

Après avoir clarifié l'interaction entre la liberté de religion et la liberté d'expression, avec une approche critique de la jurisprudence récente de la Cour, la jurisprudence constante de la Cour sur le droit à la liberté d'expression en matière religieuse peut servir maintenant à éclairer la présente affaire.

⁵² *Sekmadienis Ltd., op. cit.*, § 73 ; *Murphy, op. cit.*, § 67.

⁵³ *Müller et autres c. Suisse*, n° 10737/84, 24 mai 1988, § 36.

⁵⁴ *Aydın Tatlav c. Turquie*, n° 50692/99, 2 mai 2006, § 24.

II. APPLICATION DES PRINCIPES EN L'ESPECE

La présente affaire est une exception d'inconstitutionnalité sur la base de l'article 195 de la Constitution, un contrôle de constitutionnalité de la disposition législative article 144 bis 2 du code pénal qui méconnaît la liberté fondamentale d'expression que la Constitution algérienne garantit.

34. **But légitime :** Les juges du premier degré ont poursuivi l'objectif de « *préserver la paix religieuse dans une société démocratique*⁵⁵ ». Cela se rattache à deux buts légitimes à la restriction du droit à la liberté d'expression, celui de protéger les droits d'autrui, en l'occurrence ceux des croyants, et celui de défendre l'ordre, en préservant la paix religieuse⁵⁶.

Proportionnalité et mise en balance

L'examen de proportionnalité ci-dessous reprend les critères énumérés dans la première partie des observations.

35. **Quelle base factuelle ?** Les propos de M. Saïd Djabelkhir sont des thèses scientifiques en islamologie, relevant de sa liberté d'opinion, d'expression et de recherche académique. Ils étaient sans ironie, sans provocation et sans obscénité. L'intention d'offenser gratuitement les croyants et de dénigrer leurs sentiments religieux ne peut pas être établie.
36. **Une question d'intérêt général ?** Les croyances et la pratique religieuses ne relèvent pas uniquement de la vie privée mais touchent aussi à l'intérêt général. Elles sont en effet centrales dans la vie sociale et peuvent être soumises à des jugements de valeur exprimés publiquement. Les propos de M. Saïd Djabelkhir servent un intérêt général dans la mesure où ils poursuivent un intérêt scientifique dans la recherche islamologique et visent à promouvoir une version éclairée de l'islam, informée par la science des religions. Ils entrent dans la catégorie de **la critique constructive**. Il ne s'agit ni d'une offense gratuite ni d'un discours de haine ou d'intolérance.
37. **Des propos obscènes et blasphématoires ?**
Les propos de M. Saïd Djabelkhir ne présentent aucun caractère d'obscénité, de provocation ou de blasphème.
38. **Quelle intention ?** L'intention de M. Saïd Djabelkhir est de promouvoir une version éclairée, critique et informée par la science des religions, de l'islam. C'est une intention ordonnée à l'intérêt général et au bien commun du peuple algérien et enracinée dans la conviction que le modèle démocratique et l'islam sont compatibles.
39. **Quelle portée de la déclaration ?** Les déclarations de M. Saïd Djabelkhir ont eu une diffusion importante en Algérie, ce dont témoignent les médias nationaux et internationaux et les nombreuses réactions à l'affaire, mais cette portée médiatique résulte surtout des poursuites pénales dont il a été l'objet. Ce sont ses accusateurs qui ont donné une large publicité à ses propos.

⁵⁵ E.S. c. Autriche, n° 38450/12, 25 octobre 2018, § 15.

⁵⁶ Voir : E.S., *op. cit.*, § 41.

40. ***Un trouble à l'ordre public ?*** Les propos de M. Saïd Djabelkhir ne semblent pas avoir créé de trouble à l'ordre public. Les répercussions ne sont que potentielles.
41. ***Quelle sanction ?*** La sanction de M. Saïd Djabelkhir a été de nature pénale, sur la base de l'article 144 bis 2 du code pénal algérien.
42. ***Quelle conformité à la Constitution ?*** L'article 144 bis 2 du code pénal méconnaît les articles 51 et 52 de la Constitution à cause de son caractère vague et imprécis et sa non-distinction entre la critique constructive visant un intérêt général et l'offense gratuite ou l'incitation à la haine et à la violence. La formulation vague et imprécise dans la disposition législative « *le dénigrement de dogme ou des préceptes de l'islam* » est attentatoire à la liberté d'expression et à la liberté scientifique garanties par la Constitution.
43. ***Quelle conformité aux engagements internationaux de l'Algérie ?*** L'article 144 bis 2 du code pénal méconnaît l'article 19 du PIDCP par son caractère vague et imprécis qui entretient la confusion entre la critique constructive visant un intérêt général et le blasphème.

En l'absence d'un délit international de « diffamation des religions », la position générale et constante de la Cour européenne des droits de l'homme et la position de l'ONU est que la critique rationnelle et constructive des religions, sans obscénité ni intention de blesser des croyants sincères, vise un intérêt général dans une société démocratique. M. Saïd Djabelkhir a exercé sa liberté fondamentale d'expression en matière religieuse de manière responsable et irréprochable. Ses propos entrent dans la catégorie de la critique constructive visant un intérêt général dans une société démocratique.

Pour ces raisons, l'ECLJ appelle la Cour constitutionnelle algérienne à prendre en compte, à titre indicatif, la jurisprudence internationale sur la liberté d'expression en matière religieuse pour abroger l'article 144 bis 2 du Code pénal attentatoire à la liberté d'expression que garantissent la Constitution et les conventions internationales dûment ratifiées par l'Algérie.