

**Karine Bechet-Golovko**, docteur en droit public (France), présidente de l'association *Comitas Gentium France-Russie*, professeur invité à l'Université d'Etat de Moscou (Lomonossov).

*Discours prononcé le 13 décembre 2018, à l'occasion d'un séminaire coorganisé par l'ECLJ au Conseil de l'Europe intitulé : « Les nouveaux défis à la liberté de religion en Europe à la lumière des récents arrêts de la CEDH ».*

La détermination d'un équilibre entre la liberté d'expression et la protection du sentiment religieux est le résultat d'un choix, renouvelé à chaque époque et déterminé dans chaque pays. En d'autres termes, c'est la question de la détermination du sacré et, en ce qui concerne plus concrètement notre époque, du passage de Dieu à la sacralisation de l'individu. Les systèmes juridiques modernes prévoient ces deux composantes, liberté d'expression et protection du sentiment religieux, qui sont toujours appelées à s'affronter. Leur arbitrage déterminera le choix idéologique fait par la société.

C'est pourquoi, en ce qui concerne l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme, il reconnaît en toute logique une marge d'appréciation pour les Etats membres. Et il ne peut en être autrement, car la question de la détermination de la liberté d'expression, tout autant que la marge de protection du sentiment religieux sont particulièrement difficiles à déterminer objectivement. Pour le juriste, se pose toujours la question des critères. Or, ici, comment les poser une fois pour toute, objectivement, pour trouver la conciliation parfaite qui permettra de protéger équitablement les deux ? C'est une mission, semble-t-il, impossible.

Par exemple, dans l'affaire *E. S. contre Autriche* d'octobre dernier, des propos non vulgaires tenus par un orateur, en dehors d'un lieu de culte musulman, sur les tendances pédophiles de Mahomet en raison de l'âge envisageable du mariage ont été considérés, puisque non fondés sur des faits réels, comme une attaque abusive pouvant provoquer l'indignation des musulmans et donc entraînant le risque de porter atteinte à la paix religieuse en Autriche. La condamnation prononcée par les tribunaux nationaux d'une amende est donc normale.

Autre exemple, celui des sulfureuses *Pussy Riot*, qui lors de leur performance de 2012 dans la Cathédrale moscovite n'en étaient pas à leur premier coup d'éclat. Il s'agit ici d'un groupe de jeunes femmes, entrées dans la Cathédrale en dehors du service religieux, pour monter sur l'autel et entamer une chanson punk devant porter critique de Président et du Patriarche dans le langage ordurier utilisé par les prisonniers, appelé *mat*. Leur condamnation à des peines courtes d'emprisonnement a été considérée comme excessive, car ne tenant pas compte du contenu des chansons ni du contexte de contestations populaires massives en période électorale.

L'on pourrait donc penser qu'il y a déjà quelques critères: le contexte (le lieu de la performance, sa répétition, son contenu) et le poids de la peine, les deux étant liés. Mais là aussi, l'objectivité peine à trouver sa voie. Puisque d'un côté il ne s'agit que d'un discours non vulgaire tenu en dehors d'un lieu sacré, quand de l'autre le niveau de vulgarité est incontestable et est proféré dans le lieu sacré. Peut-être alors la sanction peut servir de critère? En la matière, existent les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines. Autrement dit, les peines dépendent du contexte, qui dépasse largement le contexte électoral, mais touche en l'espèce la question de la place de la religion dans la société, de la répétition des faits, du danger social que représente l'individu, tout autant qu'est le résultat du travail des avocats. L'on peut ainsi s'interroger sur la notion avancée de *paix religieuse* dans le pays, mais la religion musulmane est minoritaire en Autriche alors que la religion orthodoxe est dominante en Russie. Cela expliquerait-il ces différences de peine pour les juges nationaux? Il est vrai qu'il n'est pas évident, de l'extérieur et de loin, d'entrer dans ces considérations – pourtant fondamentales, mais très glissantes. Autres éléments. Par exemple, les membres du groupe *Pussy Riot* étaient des habitués de la provocation et effectivement s'en étaient jusque-là sorties avec des amendes. L'on se rappellera de l'orgie sexuelle de 2008 organisée dans le musée de biologie de Moscou, où Tolokonnikova faisant partie du groupe de son

mari « Voïna » participait enceinte de 9 mois. L'on comprend ainsi que la notion de contexte qui va influencer la peine est également relative. Dans le même sens, l'on se souviendra de l'avocat Feyguine avant d'abandonner la défense du groupe, déclarant que la dimension communicationnelle de la défense pouvant porter maintenant atteinte à ses clientes, il se retire et un avocat va s'occuper des questions juridiques. L'on se demande alors de quoi il s'occupait jusque-là ? La notion de contexte devant permettre de trouver la « bonne » peine est manifestement à dimension variable. D'une manière générale, la difficulté de formulation de critères abstraits et de leur utilisation identique dans les différentes affaires est évidente au regard de la pratique.

Mais au-delà de ces considérations techniques, il existe une dimension fondamentale. Fondamentale, dans le sens où elle touche aux fondements de notre société.

Le premier aspect à prendre en compte est celui de la fonction constructive de la jurisprudence. En déterminant ce qui est possible dans le cadre de la liberté d'expression, la jurisprudence détermine ce qui « doit être » acceptable dans une société donnée. L'évolution ici semble montrer une certaine confusion entre la provocation et la liberté d'expression, ce qui est un message assez contestable car passablement réducteur. Ces positions n'ont aucun effet stimulant sur la créativité de l'individu, l'on ne recherche pas la profondeur, mais un effet de surface maximal. Même juridiquement, il semble ici aussi difficile d'établir un critère objectif de ce qui est *a priori* autorisé et devant être reconnu comme acceptable. Ainsi brûler la porte du FSB est une expression normale de l'individualité créative, qui prend fin lorsqu'il s'agit de la porte de la Banque de France. Plus sérieusement, aucune objectivité n'est ici possible, car il s'agit de symboles. L'idéologie moderne accepte la Banque de France comme symbole, qu'elle doit donc défendre, mais le FSB, pour des raisons évidentes, n'en fait pas partie. Ce qui souligne bien la difficulté de l'objectivisation des critères.

Le droit en tant qu'instrument est neutre, mais comme tout instrument il est au service d'une volonté. Par l'établissement de règles, il permet de façonner la société et les rapports entre les hommes, de déterminer les rapports à l'intérieur du triptique Etat/société/homme. En ce sens, il est un instrument civilisationnel, dans le sens que Freud donne à la civilisation (un ensemble de règle limitant la volonté individuelle), où l'on voit parfaitement percer ce conflit qui retient finalement notre attention aujourd'hui, à savoir l'individu contre le groupe. Ce que Freud détermine finalement comme la liberté individuelle contre la civilisation :

C'est le remplacement du pouvoir de l'individu par celui de la communauté qui constitue le pas décisif vers la civilisation. Il consiste en ce que les membres de la communauté se restreignent dans leurs possibilités, alors que l'individu ne connaissait pas une telle restriction. L'exigence suivante est donc celle de justice, c'est-à-dire l'assurance que l'ordre de droit, une fois donné, ne sera pas de nouveau enfreint au bénéfice d'un individu.

Dans le cas contraire, Freud parle de l'arbitraire individuel.

Et l'on en arrive au deuxième et dernier aspect de la question. Si l'ordre national détermine une certaine organisation sociale, qui correspond à une certaine vision de l'homme et de la société, les Etats membres du Conseil de l'Europe sont également concernés par l'ordre juridique européen des droits de l'homme, qui avance lui une certaine vision de l'individu.

Théoriquement, il est effectivement tout à fait possible, les ordres juridiques étant la transcription en norme d'une certaine vision de l'homme, que la CEDH défende cette vision aujourd'hui conquérante et, par les moyens qui sont les siens, conduisent les Etats membres à adopter cette position idéologique, qui met l'individu tout puissant au centre d'une société, atomisée en agglomération d'individualités. C'est la transposition dans les droits de l'homme de la dérégulation qui touche les autres sphères politico-juridiques.

C'est tout à fait possible, mais un choix doit alors être fait. Car soit, la CEDH est une juridiction, et l'on attend de la justice l'impartialité, la neutralité et une approche juridique, et dans ce cas ses actes sont des décisions de justice obligatoires, soit la CEDH se transforme en organe politique, conduisant à imposer une certaine vision de l'homme, mais ses actes sont alors des actes politiques. Comme l'écrit Françoise Tulkens en introduction à son étude sur l'exécution des décisions de la CEDH, « *Le but de l'acte de juger est de l'ordre du pratique : « un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme n'est pas une fin en soi : il est la promesse d'un changement pour l'avenir* »<sup>1</sup>. Mais il est impossible de revendiquer les pouvoirs d'une institution judiciaire pour un organe qui serait politique. L'équilibre ici aussi est fondamental entre mission et compétences. Et une approche formaliste, aussi confortable soit-elle, de la question ne permettra pas d'évacuer sur le fond du problème : ***un organe extérieur est-il légitime à imposer la modification des rapports sociaux établis par le système juridique national au nom d'une vision supérieure idéologique de ce que « doivent être » ces rapports sociaux, découlant d'une interprétation évolutive propre, non liée à l'évolution de la société considérée, mais au contraire devant entraîner l'évolution de cette société ?***

La liberté individuelle contre la civilisation, la liberté d'expression contre la liberté de penser. C'est un choix qui demande réflexion. Mais tant que la nature judiciaire ou politique de l'organe ne sera pas déterminée, toute réponse sera superflue.

---

<sup>1</sup> [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-19\(2008\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-19(2008).pdf)