

Jean PRADEL*

Professeur émérite de l'Université de Poitiers

L'APPRÉHENSION DU FAIT RELIGIEUX PAR LE JUGE PÉNAL**

A première vue, un tel sujet paraît ne présenter qu'un intérêt limité pour deux raisons. La première est d'ordre constitutionnel: selon l'article 1er de la Constitution de 1958 "la France est une République indivisible, laïque (souligné par nous), démocratique et sociale". Faut-il ajouter que dès 1905, le législateur avait consacré le principe de la séparation des Eglises et de l'Etat. La seconde raison est que la grande source du droit en matière pénale est la loi dont le juge n'est que le serviteur: le juge ne doit être que "la bouche de la loi" disait Montesquieu.

A y regarder de plus près, il apparaît vite que notre thème est d'importance. Le législateur ne procède que de façon abstraite et générale alors que le juge, saisi de cas particuliers doit interpréter la loi. Or le pouvoir d'interprétation judiciaire n'est pas loin d'un pouvoir créateur de droit. Pour connaître la portée d'un texte, il est indispensable de consulter la jurisprudence qui en est issue. En outre, seconde évidence, la religion même reléguée dans un monde d'indifférence, reste un fait social puisque beaucoup de personnes en pratiquent une. Marcel Gauchet écrivait que si l'idée de société religieuse a perdu son sens, le religieux reste inséparable de l'existence humaine¹. Et A. Caillé de considérer, dans le même esprit, que nul ne saurait vivre sans un stock minimal de croyances sacrées². L'idée religieuse, d'un au-delà après la mort physique, est consubstantielle à l'homme et à l'humanité, et cela depuis la plus haute antiquité³. Il apparaît même que depuis quelques années, le fait religieux acquiert une nouvelle vigueur dans nos sociétés que l'on croyait aseptisées et areligieuses.

Dès lors, puisque notre sujet présente un intérêt certain⁴, il convient de s'interroger sur le sens précis du mot religion ou au moins de l'expression phénomène

* isabelle.michaut@univ-poitiers.fr

** Ovaj članak je već objavljen u *Revue pénitentiaire et de droit penal*, n°1 – janvier / mars 2009.

1 M. Gauchet, La démocratie contre elle-même, coll. Tel. Gallimard, 2002, p. 101.

2 A. Caillé, Qu'est-ce que le religieux?, *Revue du MAUSS*, 2003, n° 22, p. 7, note 5, cité par V. Fortier, Le juge gardien de pluralisme confessionnel, *Droit prospectif*, 2006, p. 1145.

3 Les recherches archéologiques démontrent que dès l'époque paléolithique l'homme avait des préoccupations religieuses. L'ouvrage princeps est de G. H. Luquet, *L'art et la religion des hommes fossiles*, Masson, 1926. Voir aussi G. Camps, *Introduction à la préhistoire*, Perrin, 1982.

4 Il a d'ailleurs donné lieu à plusieurs études. La revue *Les Cahiers du droit*, hélas disparue en 1986, avait publié notamment deux numéros touchant au fait religieux, le n° 29 (*Orientations*

religieux. La difficulté est réelle car la loi ne définit jamais ces mots même si le terme religion apparaît de temps en temps. Littré voit dans la religion “un ensemble de doctrines et de pratiques qui constituent le rapport de l’homme avec la puissance divine”⁵. Assez précise, cette notion de religion fait cependant penser aussitôt à celle de secte. Or il faut distinguer religion et secte. Comme on l’a justement écrit, “une religion est soutenue par une Eglise qui, conservatrice par nature, entretient l’ordre social établi” alors que la secte, “plus radicale, favorise la contestation”⁶. La pratique révèle en outre que toute personne peut sortir plus librement d’une religion que d’une secte. Puisque l’on peut donc distinguer les deux notions, au moins dans le principe, il nous sera facile de limiter notre propos à la religion, c’est-à-dire en pratique aux trois religions monothéistes que sont le judaïsme, le christianisme et l’islam, considérées dans leur pureté doctrinale, les sectes en constituant une déviation.

La question alors est claire: quelle est l’attitude du juge pénal à l’égard des adeptes de ces religions monothéistes ou plus précisément les reconnaît-il, les conteste-t-il ou les traite-t-il comme des faits sans portée juridiques? Une réponse uniforme ne peut être donnée et une distinction peut être faite à partir des deux termes que comporte la religion, à savoir les idées et l’application ou si l’on préfère les doctrines et leur concrétisation se manifestant par des convictions. Or si les doctrines ne peuvent être défendues à cause du principe de laïcité, les convictions doivent l’être en application d’une règle de bon sens appuyée sur le respect des personnes et de l’article 14 Conv. EDH qui prohibe les discriminations fondées par exemple sur la religion. Dès lors, l’attitude du juge pénal – dans la mesure où il jouit d’un certain pouvoir d’interprétation – est faite tout à la fois de rejet des doctrines religieuses et de respect des pratiques religieuses.

I – LE REJET DES DOCTRINES RELIGIEUSES PAR LE JUGE PÉNAL

Certains comportements sont dictés par le souci de leurs auteurs de défendre une doctrine religieuse malgré une loi positive contraire. On se trouve alors face à un conflit de valeurs. L’agent doit-il privilégier la loi positive ou la loi religieuse? Ou si l’on préfère, l’agent peut-il désobéir à la loi civile (au sens large)? Le doyen Hauriou voyait jadis dans une telle désobéissance une “catastrophe”⁷.

En réalité, c’est la loi positive qui doit l’emporter: d’abord pour une raison de cohésion sociale compte tenu de la diversité des doctrines religieuses, la primauté de celles-ci conduisant au plus grand désordre; ensuite car le mobile, religieux ou autre,

en droit pénal, 1953) et le n° 35 (Institutions para-pénales et post-pénales, 1955). Voir aussi, A. Chavanne, Religion et droit pénal, Actes du IV Colloque national des juristes catholiques, Paris, novembre 1983, éd. Téqui, 1984, p. 109 et s.; J. Pradel, Christianisme et droit pénal, Le Juriste chrétien, Revue de la confédération des juristes catholiques de France, 1983, n° 12, p. 9 et s.; E. Michelet, Religion et droit pénal, Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 475 et s.; J. Pradel, La religion face au droit criminel, Mélanges A. Chavanne, 1990, Litec, p. 149 et s.

5 E. Littré, Dictionnaire de la langue française, V° Religion.

6 P. Boinot, Sectes religieuses et droit pénal, Rev. sc. crim., 1983, p. 409 et s., n° 4.

7 A. Hauriou, Rev. trim. dr. civ., 1927, p. 801.

est juridiquement inefficace dans notre droit; enfin parce que nos lois ne contiennent pas d'échappatoires sous la forme d'une exception religieuse, une sorte de fait justificatif sauf dans des cas tout à fait exceptionnels⁸. Ce qu'on pourrait appeler fait justificatif religieux n'existe donc pas dans notre droit. Et ce rejet est à la fois direct et indirect.

A. *Le rejet direct du fait justiciable religieux*

Le fait religieux tiré d'une doctrine ne peut se glisser dans aucun des faits justificatifs admis dans la législation. La légitime défense sert uniquement à protéger la vie et l'intégrité physique d'une personne agressée. L'état de nécessité sert uniquement à privilégier une valeur objective (admise par tous) par rapport à une autre valeur de même nature mais moins importante. L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime ne peuvent porter sur une prescription religieuse compte tenu du principe de laïcité. Et les juges ne peuvent que suivre la loi. De cette affirmation, on peut donner plusieurs illustrations.

1) On a vu des citoyens envisager de se soustraire au paiement de l'impôt pour contrer la politique militaire du gouvernement ou pour manifester leur opposition au remboursement de l'avortement par la sécurité sociale. Mais il y a fraude fiscale puisque, en termes généraux et sans prévoir la moindre exception, l'article 1741 du Code général des impôts réprime "quiconque s'est frauduleusement soustrait... à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts..." qu'il doit. Il ne semble pas y avoir de jurisprudence en la matière, sans doute parce que les candidats à un tel geste sont persuadés qu'ils ne triompheraient pas en cas de poursuites.

2) L'admission de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) sous certaines conditions, avec une loi du 17 janvier 1975, a suscité, on s'en souvient, l'hostilité de certains milieux catholiques. Devant cette opposition, une loi du 27 janvier 1993 est venue sanctionner l'action de personnes qui commettent des actes de nature à freiner la liberté des candidates à l'IVG. Était ainsi créé le délit d'outrance à l'IVG (art. L. 162–15 CSP)⁹, destiné à répondre à l'action des "commandos anti IVG".

Plusieurs dizaines de personnes, opérant par groupes, se postèrent aux alentours des blocs opératoires, voire en bloquèrent l'accès. Ces personnes étaient motivées par le principe chrétien de la défense inconditionnelle de la vie. Des poursuites eurent lieu néanmoins et, à la suite de condamnation, des personnes allèrent en cassation en faisant feu de tout bois, mais sans succès. Elles invoquèrent les libertés d'opinion et d'agression (art. 9 et 10 Conv. EDH), mais ne triomphèrent pas puisque ces libertés peuvent être restreintes par des mesures nécessaires à la protection de la santé ou des droits d'autrui¹⁰. Elles invoquèrent aussi l'article 2 Conv. EDH et l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques, qui reconnaissent

8 Comme la clause de conscience en matière d'interruption volontaire de grossesse.

9 Texte devenu ultérieurement l'article L. 2223–2 CPP.

10 Crim. 31 janvier 1996, Bull. crim., n° 57, Dr. pén. 1996, 87, obs. J. H. Robert, JCP 1996, II, 23713, note Dorsner-Dolivet, Rev. sc. crim., 1996, 670, obs. J. P. Delmas-Saint-Hilaire.

l’un et l’autre l’existence d’un droit à la vie pour toute personne, ce à quoi la chambre criminelle répondit que la loi n’y porte atteinte qu’en cas de nécessité et selon diverses conditions et limitations¹¹. Ces personnes invoquèrent encore l’état de nécessité, la sauvegarde d’une vie important plus que tout et autorisait donc la violation d’une loi, ce à quoi il fut répondu que l’interruption de grossesse est permise¹².

Dans le contexte actuel, les condamnations des membres de ces “commandos” étaient inévitables. Il faut reconnaître toutefois qu’il s’agit là d’affaires particulièrement douloureuses compte tenu du mobile généreux des prévenues¹³.

3) Un autre domaine de choc entre religion et droit positif est celui de certaines interventions chirurgicales sur des fillettes. Dans des familles islamiques vivant en France, des filles sont victimes d’excision (ablation du clitoris) et d’infibulation pour des raisons religieuses aux confins de traditions culturelles. Des condamnations ont été prononcées en France à l’encontre de personnes ayant pratiqué ces rites contraires à notre ordre public. La qualification utilisée par la justice française est celle de violences volontaires entraînant mutilation ou infirmité permanente et les peines sont celles de 10 ans d’emprisonnement et de 150 000 euros d’amende (art. 222-11 CP). Les prévenus invoquèrent systématiquement une vieille coutume religieuse africaine. Mais ce moyen de défense est rejeté puisqu’aucune justification ne peut être invoquée¹⁴. Les poursuites sont d’ailleurs parfois vouées à l’échec car les auteurs des faits arrivent d’Afrique en avion, agissent très vite et repartent par le premier avion.

Dans toutes ces situations le moyen de défense tiré de la religion est donc inopérant puisqu’il n’y a pas de fait justificatif. Tout au plus les juges peuvent-ils faire appel à des causes d’adoucissement de la peine, le mobile ici, le coutume là. La situation est un peu différente dans certaines autres hypothèses où le fait justificatif tiré de la religion n’est qu’indirectement rejeté.

B. *Le rejet indirect du fait justificatif religieux*

Le rejet indirect concerne une hypothèse bien précise: celle où un religieux peut certes se refuser à témoigner en invoquant le secret de la confession, ce qui semble donner effet à un dogme religieux, mais où les autorités judiciaires peuvent contourner ce secret et en somme le neutraliser. Le rejet d’une doctrine religieuse est alors indirect. De là deux séries d’applications.

11 Crim. 27 novembre 1996, 2 arrêts, Bull. crim., n° 431, dr. pénal 1997, 59, obs. J. H. Robert, rev. sc. Crim. 1998, 117, obs. J. P. Delmas-Saint-Hilaire; 5 mai 1997, 2 arrêts, JCP 1997, IV, 16106, GP 1997, II, chron. Crim., 179, rev. sc. Crim. 1998, 117, obs. précitée.

12 Crim. 31 janvier 1996 et 5 mai 1997, obs. précitées.

13 Sur la question, J. Pradel et M. Danti-Juan, Droit pénal général, 4ème éd., 2007, Cujas, n° 33.

14 Crim. 20 août 1983, Bull. Crim., n° 229; 22 avril 1986, Bull. crim., n° 136; 3 mai 1999, Bull. crim., n° 188; 9 mai 1990, Dr. pénal 1991, 291, Rev. sc. crim. 1991, 565, obs. G. Levasseur; Paris 10 juillet 1987, D. 1987, IR 197. Add. TA Lyon, 12 juin 1996, RUDH 1996, 695, note Lévinet, JCP 1997, I, 3996, obs. Fulchiron, D. 1998, Somm. 16, obs. F. Julien-Laferrière, ibid 1998, 304, obs. M. Vasseur, l’excision est un traitement inhumain ou dégradant au sens de l’article 3 Conv. EHD.

1) On sait qu'un témoin est tenu de révéler fidèlement aux policiers et aux magistrats ce qu'il a vu et entendu des faits, du moins dans certains cas. Sont ainsi réprimés l'omission de témoigner en faveur d'un innocent (art. 434–11 CP), le fait de refuser de répondre aux questions du juge d'instruction alors qu'on a déclaré publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit (art. 434–12 CP), la non-dénonciation de crime (art. 434–1 CP). En outre, en application de l'article 109 CPP, le témoin qui ne vient pas déposer encourt lui aussi une peine (art. 434–15–1 CP).

Mais toutes ces obligations cèdent devant les nécessités du secret professionnel. Notamment les ministres du culte catholique ont l'obligation inverse, dans le cadre de la confession – notion faisant partie du dogme – de ne rien révéler à quiconque, même à la justice. Au XIX^{ème} siècle, la jurisprudence considérait de façon large que “les ministres des cultes légalement reconnus sont tenus de garder le secret sur les révélations qui ont pu leur être faites en raison de leur fonction”¹⁵. L'arrêt est large car il inclut d'autres ministres du culte que ceux du culte catholique et car il dépasse le cadre étroit de la confession. Aujourd'hui, l'extension aux religions chrétiennes autre que la religion catholique est maintenue¹⁶, mais d'un autre côté, une décision a limité le secret pour le prêtre catholique à la seule confession¹⁷.

2) Même limité à la confession, le secret peut gêner les autorités judiciaires. C'est pourquoi notre droit a prévu un subterfuge qui, contournant le secret, en arrive à le neutraliser. Il s'agit pour les autorités judiciaires de procéder à une perquisition: puisque la première ne peut être obtenue par l'autorité du ministre du culte, le juge ira la chercher là où elle est. Ainsi, par un détour et de façon indirecte, les autorités judiciaires ne tiennent pas compte du caractère sacré de la confession.

Cette possibilité a été retenue dans une affaire qui a été très médiatisée. Un religieux avait été soupçonné d'avoir violé une personne majeure qui s'en plaignit auprès de son évêque. Celui-ci fit procéder à une enquête par l'official de Lyon¹⁸ et il informa le parquet. Un juge d'instruction fut saisi par ce parquet et il signa à la police judiciaire une commission rogatoire aux fins de perquisition dans les bureaux de l'official. Malgré l'opposition des autorités ecclésiastiques, la police judiciaire procéda à la perquisition. Sur demande d'annulation de la procédure, la chambre de l'instruction de Lyon annula cette perquisition. Elle considéra en effet que la procédure pénale laïque est plus protectrice des droits de la défense que la procédure canonique de sorte que le procédé utilisé, en réduisant les droits de la défense était déloyal. Sur pourvoi, la chambre criminelle décida sèchement que “l'obligation imposée aux ministres du culte de garder le secret des faits dont ils ont connaissance dans l'exer-

15 Crim. 4 décembre 1891, D. 1892–I–139, concl. proc. gén. Baudouin, S. 1892–I–473, note E. Villey, en l'espèce les confidences ne résultaient pas de la confession.

16 Trib. corr. Bordeaux 27 avril 1977, G.P. 1977–II–506, note Gleizes, Rev. sc. crim., 1978, 104, obs. G. Levasseur.

17 Trib. corr. Caen 4 septembre 2001, affaire Mrg Pican, D. 2001, IR 1721, condamnation d'un évêque qui n'avait pas dénoncé au parquet des infractions qu'il avait sur les délits sexuels d'un prêtre pédophile de son diocèse. Critique d'Y. Mayaud, D. 2001, 3454.

18 L'official est un tribunal ecclésiastique.

cice de leur ministère ne fait pas obstacle à ce que le juge d’instruction procède à la saisie de tous documents pouvant être utiles à la découverte de la vérité¹⁹.

La solution ultime n’est pas pour étonner. Il a toujours été admis, et pas seulement pour les ministres du culte, que le juge peut contourner la barrière du secret professionnel. La chose a été admise par exemples pour les médecins²⁰.

On notera tout de même que la situation du médecin n’est pas la même que celle du ministre du culte bien que l’un et l’autre soient qualifiés de “confidants nécessaires”, comme l’avocat d’ailleurs. Ce qui touche à la religion est particulier. Le secret doit être absolu, débordant même la connaissance des faits obtenue par la confession, comme le déclarait un vieil arrêt précité rendu par la chambre criminelle le 4 décembre 1891. On peut venir voir un prêtre pas seulement dans le cadre d’une confession et les propos échangés peuvent être de même nature en ou hors confession. En clair, dès lors que le prêtre est abordé en sa qualité de prêtre, le secret doit prévaloir et ledit prêtre ne peut jamais parler²¹. Dès lors il est assez choquant que la justice puisse paralyser ce principe en recourant à une perquisition qui est un véritable subterfuge.

Notre droit est d’ailleurs plus respectueux de l’idée religieuse lorsque l’auteur des faits s’attaque aux convictions.

II – LE RESPECT DE CONVICTIONS RELIGIEUSES PAR LE JUGE PÉNAL

Un arrêt d’appel, déjà en 1912, déclarait que “toutes les croyances religieuses, scientifiques ou philosophiques sont essentiellement respectables, pourvu qu’elles soient sincères et de bonne foi et il n’appartiennent pas à des juges civils, quelques soient d’ailleurs leurs opinions ou croyances personnelles de les railler, critiquer, condamner”²². Le propos est ancien et vise les juges civils. Mais il vaut encore, y compris pour les juges pénaux. Plus récemment, la CEDH ajoutera une précision: les idées religieuses sont tellement respectables que leurs défenseurs ont le droit d’essayer de convaincre dès lors qu’il ne s’agit pas d’un prosélytisme abusif²³.

En revanche, les personnes qui s’attaquent dans certaines conditions à une religion ou à ses adeptes peuvent faire l’objet de poursuites. De plus, une formalité judiciaire peut se trouver modifiée par les exigences religieuses de la personne concer-

19 Crim. 17 décembre 2002, Bull. crim., n) 231, D. 2004, 302, note Bouvier-Le-Berre, JCP 2003, II, 10036, note M. L. Rassat, GP 2003, I, 1744, concl. D. Commaret, note Damien et Echappé, RTD civ., 2003, 575, obs. Kibchaber.

20 Crim. 24 avril 1969, D. 1969, 637, rapport F. Chapar, JCP 1970, II, 16306, note R. Savatier, Le juge peut lors d’une perquisition saisir tous les documents utiles sans se voir opposer le secret professionnel.

21 Crim. 11 mai 1959, Bull. crim., n° 253, D. 1959, 312, pas de délit de violation du secret professionnel si la confiance n’a pas été faite au prévenu en sa qualité de prêtre.

22 Paris 4 décembre 1912, D. 1914, II, 213.

23 CEDH 25 mai 1993, Kokinakis c./ Grèce.

née. C'est donc à la fois la matière des incriminations et celle de la procédure pénale qui peuvent tenir compte des convictions, ce qui assure le respect.

A. *Une intention anti-religieuse, élément de certaines incriminations*

Supposons qu'une personne traite plus mal une autre personne que son entourage pour des raisons religieuses. Cet auteur peut tomber sous le coup de poursuites dans certains cas.

1) On pense d'abord au délit de discrimination qui tend à réprimer certaines atteintes à l'égalité. Selon l'article 225-1 CP, constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe..., de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée". Et l'article 225-2 CP précise que la discrimination doit consister à refuser la fourniture d'un bien ou service, à refuser l'embaucher à certaines conditions énumérées à l'article 225-1 CP. Ainsi donc, se fonder notamment sur un critère religieux, pour traiter différemment une personne est délictueux.

Les applications jurisprudentielles de ces textes sont peu nombreuses. On citera la condamnation d'un dentiste de confession musulmane qui, recherchant un confrère, avait rédigé l'annonce suivante: "Dentiste français sœur musulmane récemment diplômée recherche dentiste musulman pour remplacement ou collaboration"²⁴. L'offre d'emploi était subordonnée à la seule qualité de musulman du candidat, ce qui excluait d'emblée tout autre dentiste d'une autre religion ou sans religion.

2) Si le législateur a pris le parti d'incriminer les discriminations, il était raisonnable qu'il fasse de même pour les provocations aux discriminations. Selon l'article 24 al. 6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse – cet alinéa ayant été rajouté à l'article 24 par une loi du 1er juillet 1972, adoptée d'ailleurs à l'unanimité à l'article 23 (discours, cris, menaces, écrits...) "auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison... de leur appartenance ou de leur non-appartenance... à une religion déterminée". Avec ce deuxième délit, la jurisprudence est bien plus fournie car ce comportement se réalise souvent par la voie de la presse dont nul n'ignore l'extrême importance.

Les prévenus soulèvent systématiquement le principe de la liberté de la presse dont on connaît les deux fondements: d'abord l'article 1 de la loi de 1881 sur la presse ("l'imprimerie et la librairie sont libres"), ensuite – et plus nettement encore – l'article 10 § 1 Conv. EDH qui assure la liberté d'expression y compris celle de la presse. En application de l'article 10, la CEDH affirme que la liberté d'expression "constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun"²⁵; elle décide de façon plus précise encore que "la liberté d'expression vaut non seulement

24 Trib. corr. Paris 19 décembre 1991, G.P. 1996, I, Somm. 51.

25 CEDH 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, RTDH, 2002, 203, obs. Spielmann.

pour les informations ou idées accueillies avec faveur... mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent²⁶.

D'un autre côté cependant, tout n'est pas permis. L'article 10 § 2 Conv. EDH prévoit certaines exceptions. C'est pourquoi la chambre criminelle décide que l'article 24 al. 6 de la loi de 1881 n'échappe pas à ces exceptions et que le prévenu ne saurait systématiquement invoquer le principe de la liberté de la presse²⁷. Il ne faut pas, dit-elle, dépasser les limites du droit à la libre expression²⁸.

De ces principes découle une application faite d'équilibre avec un certain parfum de casuistique. Il suffit de lire quelques arrêts pour s'en convaincre. On peut classer ces décisions en deux catégories.

D'une part, on trouve quelques arrêts retenant la responsabilité pénale des auteurs. Ainsi en va-t-il de l'agent qui assimile la communauté juive à une association de malfaiteurs²⁹ ou faisant allusion à l'internationale juive³⁰. Il en est de même des auteurs d'images représentant le Pape en position d'être guillotiné, frappé d'un boulet de canon, la catholicité étant ainsi tournée en dérision à l'occasion de la commémoration d'un évènement de caractère religieux de l'histoire de France (le sacre de Clovis); ces dessins manifestent une hostilité à l'égard de la religion chrétienne, l'appel à la violence étant même formulée sur l'un de ces dessins³¹. De même encore, sont responsable les auteurs d'un dessin comportant une légende "Faisons comme eux" (les membres de "commandos anti-avortement") dans les églises, ce qui constitue une profanation des objets du culte catholique³².

D'autre part, échappent à la répression, grâce au principe de la liberté de la presse, les auteurs des comportements suivants:

- publication de caricatures tournant en dérision des religieuses représentées sous des traits grotesques, l'incitation au mépris n'entrant pas dans les prévisions de l'article 24 alinéa 6³³;
- publication d'un article tournant en dérision la confession en usage dans l'Eglise catholique, cet article n'incitant ni à la haine, ni à la violence, ni à la discrimination³⁴;
- publication dans une revue de dessin représentant le Christ et le Pape dans des positions obscènes ou inspirant la dérision, ces actes n'ayant pas pour

26 CEDH 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49, Cah. dr. eur. 1978, 350, obs. Cohen-Jonathan; 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, § 33 et s, RSC 1995, obs. Massias. Add. Liberté de la presse et droit pénal, XII Journées de l'Association française de droit pénal, mars 1994, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

27 Crim. 14 mai 2002, Dr. pénal, 2002, 107, note M. Véron.

28 Crim. 24 mai 1996, Bull. crim., n° 210, Rev. sc. crim. 1997, 650, obs. J. P. Delmas Saint-Hilaire.

29 Crim. 13 juin 1995, G.P. 1995, II, Somm. 459.

30 Crim. 29 janvier 1998, G.P. 1998, chron. crim., 74.

31 Paris 13 novembre 1997, D. 1998, IR 21.

32 Crim. 21 octobre 1997, Dr. pénal, 1998, 33, 1er arrêt, obs. M. Véron.

33 Crim. 7 décembre 1993, Bull. crim., n° 374, 1er arrêt.

34 Versailles, 18 mars 1998, D. 1998, IR 203, confirmé par Civ. II, n° 47, G.P. 2001, I, 821, rapport Guerdes et concl. Chemitho.

finalité de provoquer à la discrimination, à la haine ou à la violence et, en outre, ladite revue n'ayant pas pu être lue par des fidèles de l'Église catholique qui n'ont donc pas pu être atteints dans leurs convictions. Les juges affirment encore dans cette affaire que l'atteinte aux droits d'autrui est subjective, variant selon les personnes. D'où le double rejet de la poursuite et de la demande en dommages-intérêts³⁵;

- affiche présentant dans la disposition traditionnelle des personnages de la Cène, un groupe de jeunes femmes portant des vêtements à promouvoir et adoptant la position et les gestes composant le tableau de Léonard de Vinci représentant la Cène. N'y avait-il pas une représentation injurieuse et outrageante d'un thème sacré détourné par une publicité commerciale ? La Cour de cassation ne l'a pas pensé³⁶.
- enfin diffusion d'un tract intitulé "Pas de cathédrale à la Mecque, pas de mosquée à Strasbourg". Les deux auteurs de ce document avaient été assignés par la LICRA. Les juges du fond et ceux de la chambre criminelle considèrent que ce texte n'avait pas pour objet de stigmatiser ceux qui pratiquent le culte musulman de manière à les exposer à la haine d'autrui³⁷. Ce texte est politique et non discriminatoire.

Les atteintes à la liberté d'expression sont, selon l'expression de la chambre criminelle, "de droit étroit"³⁸

3) Enfin la loi du 29 juillet 1881 réprime la diffamation commise "envers une personne ou un groupe de personnes à raison de ... leur appartenance ou de leur non-appartenance... à une religion déterminée" (art. 32 al. 2). On sait que la diffamation est l'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne" (art. 29). Dès lors, par le jeu combiné des articles 29 et 32, la loi réprime le fait de porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ou d'un groupe de personnes en prenant en compte des critères religieux. En raccourci, c'est la diffamation religieuse qui est répressive. Mais là encore on retrouve la question de la liberté d'expression.

Une affaire qui a fait du bruit doit lui être relatée. Une association, l'Alliance générale contre le racisme et pour l'identité français et chrétienne (AGRIF) avait fait citer devant le tribunal correctionnel de Paris l'auteur d'un article publié dans le Quotidien de Paris. Cet article intitulé "L'obscurité de l'erreur" visait l'encyclique "Splendeur de la vérité" et prétendait que la doctrine de ce texte papal comportait des ferments d'antisémitisme ayant favorisé l'Holocauste. Les juges du fond entrèrent en condamnation et la chambre criminelle ne cassa l'arrêt que sur les intérêts civils³⁹.

35 Crim. 30 mai 2007, A.J. Pénal, septembre 2007, 383, note S. Lavrie.

36 Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, D. 2006, IR 2948, et 2007, Pan. 1041, obs. J. Y. Dupreux.

37 S. Lavrie.

38 V. not. Crim., 2 mai 2007, Bull. crim., n° 115; 12 novembre 2008.

39 Crim. 28 avril 1998, G.P. 1998, II, chron. 137, Dr. pénal, 1998, 131, obs. M. Véron.

Il faut cependant ajouter que l'auteur de l'article, ainsi condamné par la justice française, saisit les juges de Strasbourg qui ... condamnèrent la France au motif que l'intéressé avait voulu simplement apporter des éléments à un débat d'idées⁴⁰.

On doit rapprocher l'article 32 al. 2 sur la diffamation de l'article 32 al. 2, son penchant pour l'injure. Là encore, une espèce doit être évoquée. Une association de lutte contre le sida avait diffusé un tract représentant sous la légende "Sainte capote, protège-nous" l'image d'une religieuse, associée à celle d'un angelot et de deux préservatifs. La chambre criminelle se refusa à condamner en invoquant le principe de l'interprétation stricte et celui de la liberté d'expression⁴¹. La solution donnée paraît très discutable car l'image est définie par l'article 29 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 comme "toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, ne renfermant l'imputation d'aucun fait". N'était-ce pas le cas? N'y avait-il pas mépris d'une religion? On peut en dire autant d'une affaire dans laquelle un quotidien avait publié un dessin représentant le "Christ engloire, nu, portant un préservatif vers lequel se dirigent les regards d'un groupe d'évêques dont l'un, blanc, déclare à un autre, noir: "lui même avait sans doute utilisé un préservatif". L'AGRIF avait cité en correctionnelle le directeur de la publication pour injure publique envers la communauté des chrétiens. Mais elle fut déboutée, les atteintes à la liberté d'expression étant de droit étroit et les limites à cette liberté n'étant pas dépassées.

Ce rapide tour d'horizon permet de confirmer cette impression de casuistique. Les juges hésitent à condamner et il ne le font que si les agissements du prévenu sont manifestement excessifs. En revanche, sur un point précis de procédure, la position de la jurisprudence est plus simple et plus nette. Il s'agit de l'admission d'une formalité inspirée d'une pratique religieuse.

B. L'admission d'une formalité inspirée d'une pratique religieuse

La procédure pénale est une discipline plus sensible qu'on ne le croit souvent aux particularismes, y compris quant interfèrent des données religieuses. De cette affirmation, on peut donner l'exemple du serment des témoins et des jurés.

On sait que les témoins doivent, avant leur déposition, prêter un serment dont la formule est indiquée à l'article 331 CPP: "le témoin prête serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité et rien que la vérité". Il faut alors se demander si un témoin peut, pour des raisons religieuses, se dispenser de satisfaire au rite légal ou y introduire une allusion à ses convictions. La réponse est affirmative. Déjà au XIX^{ème} siècle, la jurisprudence avait admis qu'un mahométan pouvait prêter serment la main sur le Coran et devant l'assesseur musulman⁴². Elle avait

40 CEDH 31 janvier 2006, *Giniewski c./ France*, D. 2006, IR, 468, AJDA 2006, 466, chron. J. F. Flauss, D. 2006, Panorama, 1717, de J.F. Renucci.

41 Crim. 14 février 2006, Bull. crim., n° 42; D 2007, Pan. 1041, obs. J. Y. Dupeux; RSC 2006, 625, obs. J. Francillon. Sur l'ensemble, voir aussi J. Pradel, *La liberté d'expression jusqu'où ? Brèves remarques sur quelques affaires récentes*, in *La liberté de critique*, sous la direction de D. Corrigan-Carsin, préface J. Foyer, Litec, 2007, p. 131 et s.

42 Crim. 15 janvier 1838, Bull. crim., n° 42.

aussi considérer qu'un anabaptiste pouvait se contenter de faire la promesse, la main sur le cœur, de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité⁴³. Plus généralement, la chambre criminelle a posé la règle que le témoin peut prêter serment selon le formalisme prévu dans sa religion⁴⁴. Cette affirmation a été ensuite reprise en faveur d'un témoin de religion juive qui refusait de jurer et de lever la main droite en raison des exigences de sa religion; les juges justifiaient son attitude car la substance du serment était conservée⁴⁵.

Le même problème s'est posé aussi pour les jurés. On se souvient que naguère leur serment contenait la formule "Vous jurez et promettez devant Dieu...". Or il s'est trouvé des jurés qui refusèrent de venir prêter serment⁴⁶ ou qui, s'étant déplacés, refusèrent d'admettre la référence à Dieu⁴⁷. Ils furent condamnés. Mais la question ne se pose plus aujourd'hui: en effet une loi du 29 novembre 1972 supprime la référence divine. On évite ainsi désormais une opposition sur un concept religieux. C'est une façon d'apaiser le conflit.

Le fait religieux, même si elle est rejeté de façon dogmatique reste donc une réalité et les juges eux mêmes ne peuvent que le reconnaître.

LITERATURA

1. Boinot P., Sectes religieuses et droit pénal, *Rev. sc. crim.*, 1983, n° 4.
2. Camps G., *Introduction à la préhistoire*, Perrin, 1982.
3. Chavanne A., Religion et droit pénal, Actes du IV Colloque national des juristes catholiques, Paris, novembre 1983, éd. Téqui, 1984.
4. Fortier V., *Le juge gardien de pluralisme confessionnel*, Droit prospectif, 2006.
5. Gauchet M., *La démocratie contre elle-même*, coll. Tel. Gallimard, 2002.
6. Littré E., *Dictionnaire de la langue française*, V° Religion.
7. Luquet H. G., *L'art et la religion des hommes fossiles*, Masson, 1926.
8. Michelet E., *Religion et droit pénal*, Mélanges P. Raynaud, 1985.
9. Pradel J., Christianisme et droit pénal, Le Juriste chrétien, *Revue de la confédération des juristes catholiques de France*, 1983, n° 12.
10. Pradel J., *La religion face au droit criminel*, Mélanges A. Chavanne, 1990.
11. Pradel J. et Danti-Juan M., *Droit pénal général*, 4ème éd., 2007, Cujas, n° 33.
12. Pradel J., La liberté d'expression jusqu'où ? Brèves remarques sur quelques affaires récentes, in *La liberté de critique, sous la direction de D. Corrigan-Carsin*, préface Foyer, Litec J., 2007.

43 Crim. 27 septembre 1883, Bull. crim., n° 237.

44 Crim. 16 décembre 1875, Bull. crim., n° 352.

45 Crim. 6 mai 1987, D 1987, Somm. 406, obs. J. Pradel.

46 C. d'assises de la Marne 17 juillet 1898, D. 1899, II, 340.

47 C. d'assises de la Seine Inférieure, 16 mai 1892, id.

Žan PRADEL

Profesor emeritus Univerziteta u Poatjeu

BOJAZAN KRIVIČNOG SUDIJE OD RELIGIJSKIH ČINJENICA

REZIME

Religija i ideje o njoj su sastavni deo ljudske istorije i kao takve predstavljaju određenu društvenu činjenicu. Ako se ona posmatra u svetlu primene krivičnog prava postavlja se pitanje kako bi sudija trebalo da se odnosi prema religijskim idejama – da li bi trebalo da ih prihvati, ospori ili da im ne pridaje nikakav pravni značaj? Ovo pitanje dobija posebno na važnosti u svetlu člana 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima koji zabranjuje diskriminaciju zasnovanu na religijskim uverenjima. Zbog toga je stav krivičnog sudije, u meri u kojoj ima određenu slobodu u tumačenju pravne norme, takav da odbacuje religijska učenja, a istovremeno poštuje verske običaje.

Za sudiju ne postoji dilema da li bi trebalo da primeni pozitivno ili religijsko pravo, jer se primenjuje samo pozitivno, dakle, državno pravo. Može se, međutim, postaviti pitanje da li bi pozivanje na određene religijske činjenice moglo da predstavlja osnov koji bi isključivao postojanje krivičnog dela? Odgovor je određen, pri čemu do nepriznavanja pravnog značaja može da dođe bilo neposredno, bilo posredno. Kao primer za neposredno nepriznavanje autor pominje institut nužne odbrane ili krajnje nužde, ostavljajući mogućnost da se religijske činjenice uzmu u obzir kao olakšavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne. O posrednom nepriznavanju osnova religijskog karaktera se može govoriti u slučaju da svedok, pozivajući se na obavezu čuvanja verske tajne, odbije da dâ iskaz, a sud naredi preduzimanje druge dokazne radnje i na taj način dođe do željenog dokaza.

Na osnovu izloženog ne bi trebalo izvesti zaključak da krivični sudija ne pridaje nikakav značaj religijskim verovanjima. Naprotiv, postojanje određenih inkriminacija u krivičnom zakonodavstvu i odgovarajuća rešenja u krivičnom postupku govore upravo suprotno. Zabrana diskriminacije na osnovu religijske pripadnosti je u francuskom pravu krivično delo, uostalom kao i izazivanje diskriminacije po verskom osnovu. Autor ističe da se okrivljeni za ova krivična dela najčešće pozivaju na slobodu izražavanja, pri čemu se sudije uglavnom ustežu da izriču osuđujuće presude izuzev ako je ponašanje okrivljenog bilo očigledno preterano. Situacija je mnogo jasnija na terenu krivičnog postupka u kojem su prihvaćene određene formalnosti u čijoj osnovi su verski običaji. Prema praksi Krivičnog odeljenja francuskog Kasacionog suda svedok može da položi zakletvu u skladu sa zahtevima koje postavlja njegova religija. Sličan problem se može pojaviti i kod porotnika, ali je on prevaziđen na taj način što je iz teksta zakletve koju oni polažu izostavljeno pozivanje na božansko.

Autor zaključuje da religijska činjenica, čak i kada se na dogmatički način odbacuje, ostaje stvarnost, pa zato sudiji ne preostaje ništa drugo do da je prizna.

Ključne reči: religija, religijske ideje, verski običaji, krivični sudija, krivično pravo, krivični postupak, sloboda izražavanja.