



Strasbourg, le 8 octobre 2020

CDL-AD(2020)028

Avis N° 970 / 2019

Or. angl.

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**RAPPORT**

**LA RESPONSABILITE PENALE POUR LES APPELS PACIFIQUES  
POUR UN CHANGEMENT CONSTITUTIONNEL RADICAL  
DU POINT DE VUE  
DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

**Adopté par la Commission de Venise  
lors de sa 124<sup>e</sup> session plénière en ligne (8-9 octobre 2020)**

**sur la base des commentaires de**

**Mme Claire BAZY MALAURIE (membre, France)  
Mme Herdis KJERULF THORGEIRSDOTTIR (membre, Islande)  
Mme Angelika NUSSBERGER (membre, Allemagne)  
M. Bogdan AURESCU (membre suppléant, Roumanie)**

## Table des matières

I.	Introduction .....	3
II.	Analyse .....	3
	A. Remarques préliminaires : l'objet et la portée du rapport .....	3
	B. Qu'est-ce qui constitue une ingérence dans l'« expression » protégée par l'article 10 de la Convention ? .....	4
	C. Le test appliqué par la Cour en vertu de l'article 10 .....	5
	D. Légalité de l'ingérence dans la liberté d'expression .....	6
	E. « Nécessaire dans une société démocratique » (analyse de la proportionnalité) .....	6
	1. Le discours politique se situe dans la zone centrale protégée en vertu de l'article 10 .....	7
	2. Allégations factuelles contre opinions .....	8
	3. Liberté du débat politique et appels à la violence .....	8
	4. Propagande d'une idéologie hostile à la démocratie et aux droits de l'homme ; discours de haine .....	9
	5. Qu'est-ce qui constitue une apologie « pacifique » ? .....	11
	6. Aperçu comparatif .....	14
	7. Apologie d'un changement constitutionnel par des moyens « pacifiques » mais illégaux .....	15
	8. L'importance de la position de l'orateur .....	16
	9. Proportionnalité des sanctions .....	17
III.	Conclusion .....	18

## I. Introduction

1. Lors de sa réunion du 1er octobre 2019, la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a demandé à la Commission de Venise de préparer un rapport sur la question suivante : dans quelles circonstances la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention) permet-elle de criminaliser les appels lancés par des hommes politiques ou des représentants de la société civile en faveur de changements constitutionnels radicaux par des moyens pacifiques - y compris les appels à l'indépendance ou à une autonomie étendue pour certaines parties du territoire national ?

2. La demande de la Commission des questions juridiques a été déclenchée par le nombre croissant d'hommes politiques nationaux, régionaux et locaux poursuivis pour des déclarations faites dans l'exercice de leur mandat, notamment en Espagne et en Turquie.<sup>1</sup> Cela dit, le présent rapport ne traitera pas de cas ou de pays spécifiques mais plutôt des approches et principes généraux formulés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

3. Mme C. Bazy Malaurie, Mme H. Kjerulf Thorgeirsdottir, Mme A. Nussberger et M. B. Aurescu ont été les rapporteurs de ce rapport. Le présent avis a été examiné par les membres de la Commission par une procédure écrite remplaçant les réunions des sous-commissions et adopté par la Commission de Venise à sa 124<sup>e</sup> session plénière en ligne (8 - 9 octobre 2020).

## II. Analyse

### A. Remarques préliminaires : l'objet et la portée du rapport

4. En vertu du droit international des droits de l'homme, la liberté d'expression est protégée par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le PIDCP) et, au niveau européen, par l'article 10 de la Convention. Il existe une jurisprudence considérable du Comité des droits de l'homme (CDH) et de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour ou la CEDH) respectivement sur l'application des articles mentionnés, bien qu'il existe certaines différences dans la manière dont ces organismes internationaux abordent la liberté d'expression.<sup>2</sup>

5. Au niveau national, d'un point de vue comparatif, il existe des différences visibles dans les réglementations juridiques, même parmi les démocraties libérales. Aux États-Unis, la liberté d'expression politique est presque absolue et les restrictions ne sont autorisées que si le discours crée un « danger clair et présent » d'« action illégale imminente »<sup>3</sup>. En revanche, de nombreux

<sup>1</sup> Voir le rapport de M. Boris Cilevičs pour la Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme : « Les hommes politiques doivent-ils être poursuivis pour des déclarations faites dans l'exercice de leur mandat ? », AS/Jur (2019) 35, 1er octobre 2019.

<sup>2</sup> La Cour applique, dans le cadre de l'article 10, la notion de « marge d'appréciation » accordée aux États dans la réglementation de ces matières. En vertu du PIDCP, le concept de « marge d'appréciation » n'est pas utilisé pour délimiter l'étendue de la liberté - voir l'Observation générale n° 34 sur l'article 19, CCPR/C/GC/34, par. 36, et la jurisprudence citée dans la note de bas de page,

<sup>3</sup> L'approche américaine des limites de la liberté d'expression a évolué au fil du temps. Ainsi, le critère du « danger clair et présent » est apparu pour la première fois dans l'affaire *Schenck v. United States*, (1919). Dans l'affaire *Abrams v. United States* (1919), la Cour suprême a utilisé le critère dit de la « mauvaise tendance », qui autorise des restrictions si le discours a une seule tendance à inciter ou à provoquer une activité illégale (également utilisé dans l'affaire *Whitney v. California*, 1927). Dans l'affaire *Brandenburg v. Ohio* (1969), le « test de l'action anarchique imminente » est devenu la nouvelle norme : selon ce test, le discours est protégé à moins que l'orateur n'ait l'intention d'inciter à une action anarchique à la fois imminente et probable. La Cour suprême a développé le terme « imminent » dans l'affaire *Hess v. Indiana* (1973), où elle a estimé que les discours qui « n'étaient rien d'autre que l'incitation à une action illégale à un moment futur indéterminé » étaient protégés par le premier amendement. Comme l'indique l'une des opinions concordantes dans l'affaire *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 545 (1951) : « Tout au long de nos décisions, une distinction est revenue entre l'énoncé d'une idée qui peut inciter ses auditeurs à prendre des mesures illégales, et l'incitation à prendre de telles mesures ».

pays européens autorisent certaines restrictions du discours politique basées sur le contenu, même en l'absence d'un tel danger<sup>4</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a toléré les restrictions du discours sur la base du contenu dans de nombreux domaines différents. Le présent rapport se penchera principalement sur la liberté d'expression du point de vue européen, c'est-à-dire du point de vue de la Convention. Toutefois, la Commission de Venise examinera également d'autres autorités internationales compétentes, ainsi que les avis et rapports précédents de la Commission de Venise sur cette question.

6. L'essentiel de l'analyse qui suit se fonde sur la jurisprudence de la Cour au titre de l'article 10 de la Convention. La Commission de Venise se référera occasionnellement à des affaires relevant de l'article 11 de la Convention (garantissant la liberté de réunion et d'association) car, dans certaines situations, ces deux articles se chevauchent. Comme la Cour l'a déclaré à plusieurs reprises, la protection des opinions personnelles, telle qu'elle est garantie par l'article 10, est l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association telle qu'elle est consacrée par l'article 11<sup>5</sup>. Les affaires relevant de l'article 10 sont souvent examinées à la lumière de l'article 11<sup>6</sup>. Ainsi, la jurisprudence de la Cour relative à l'article 11 peut présenter un certain intérêt et devrait être appliquée dans le présent contexte *mutatis mutandis*.<sup>7</sup>

### **B. Qu'est-ce qui constitue une ingérence dans l'« expression » protégée par l'article 10 de la Convention ?**

7. Dans les affaires relevant de l'article 10, la première question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si les sanctions ou autres limitations imposées au demandeur constituent une *ingérence dans sa liberté d'expression*<sup>8</sup>. Pour répondre à cette question, il est important de garder à l'esprit une distinction délicate entre les mots et les actes, entre les actes expressifs et les actes physiques, matériels.

8. Il est clair que les articles de presse, les interviews télévisées, les discours publics etc. sont considérés comme des expressions protégées en vertu de l'article 10. Ces formes d'expression peuvent toujours être pénalisées si elles créent certains effets matériels. Ainsi, de nombreux pays ont des dispositions pénales sur la rébellion, la trahison, l'usurpation de pouvoir, la sédition, le renversement de l'ordre constitutionnel, etc.<sup>9</sup> La distinction entre l'incitation à commettre des actes illégaux spécifiques et la défense générale de la nécessité d'un changement politique n'est pas toujours évidente. La distinction entre l'incitation à commettre des actes illégaux spécifiques et l'apologie générale de la nécessité d'un changement politique n'est pas toujours évidente. Elle sera examinée plus en détail dans l'étude, sous la rubrique de la proportionnalité. Toutefois, il est clair que ces formes d'expression sont au moins en principe protégées par l'article 10, même si certaines limitations sont autorisées.

<sup>4</sup> CDL-AD(2015)015, avis sur la législation des médias (ACT CLXXXV sur les services de médias et sur les médias, loi CIV sur la liberté de la presse et la législation sur la taxation des revenus publicitaires des médias) de la Hongrie, § 21.

<sup>5</sup> *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], nos 28955/06 et 3 autres, § 52, CEDH 2011.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Dans le cadre de la présente étude, il peut être utile d'examiner le test de l'article 11 que la Cour a utilisé pour évaluer les restrictions imposées aux partis politiques antidémocratiques. Par exemple, l'arrêt *Refah Partisi de la Grande Chambre* de 2003 a établi le critère qui se concentre à la fois sur la doctrine du parti (son incompatibilité avec le concept de démocratie) et sur les conséquences, c'est-à-dire que la poursuite de l'existence d'un tel parti doit également présenter un danger *suffisamment imminent* pour le régime démocratique - voir *Refah Partisi (le Parti du bien-être) et autres c. Turquie* [GC], n° 41340/98 et 3 autres, § 104, CEDH 2003-II.

<sup>8</sup> L'ingérence avec l'article 10 n'équivaut pas nécessairement à une violation de ce droit. Pour décider s'il y a eu violation, la Cour doit examiner si l'ingérence était légale, si elle poursuivait un but légitime et si elle était proportionnée - voir les sections suivantes de l'étude.

<sup>9</sup> Par exemple, l'article 302 du code pénal italien sanctionne l'incitation, entre autres, à commettre tout acte violent (i) visant à porter atteinte à l'indépendance ou à l'unité de l'État italien, et (ii) susceptible de produire un tel résultat. Une simple action politique visant à l'indépendance d'une partie du territoire italien n'est pas pénalement pertinente, mais l'incitation à commettre un acte violent sera pénalement punissable.

9. Certains actes *physiques* peuvent également être qualifiés d'expressions protégées. L'article 10 couvre les *actes d'expression*, tels que les représentations artistiques, si leur but premier est de diffuser un message, d'informer ou d'influencer le public, d'exprimer des sentiments et des pensées de l'orateur, etc.<sup>10</sup>

10. Ainsi, il convient de distinguer, d'une part, les expressions verbales et écrites ou les actes expressifs visant à transmettre un message au public et, d'autre part, les comportements qui visent à obtenir un résultat matériel spécifique et immédiat par opposition à la simple « influence sur le public ». Lorsque ces deux finalités s'entremêlent, la Cour peut encore trouver l'article 10 applicable et recourir à une analyse de proportionnalité, telle que décrite ci-dessous.<sup>11</sup>

### C. Le test appliqué par la Cour en vertu de l'article 10

11. Les restrictions à la liberté d'expression<sup>12</sup> sont autorisées en vertu de l'article 10 de la Convention si les conditions suivantes sont remplies (chaque condition étant évaluée séparément) :

- ils sont prescrits par la loi ;
- ces limitations ont un but légitime (protéger « la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, pour la défense de l'ordre et la prévention du crime, pour la protection de la santé et de la morale, pour la protection de la réputation d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations reçues à titre confidentiel, ou pour préserver l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ») ;
- ils sont « nécessaires dans une société démocratique ».

12. La Commission de Venise ne fera pas de commentaires sur le deuxième volet de ce test (« le but légitime »). Des objectifs tels que la protection de la santé et de la morale, la protection de la réputation ou des informations confidentielles, ou le maintien de l'autorité du pouvoir judiciaire sont largement hors de propos dans le contexte actuel. En revanche, on peut supposer que les appels à un « changement constitutionnel radical » peuvent - du moins on peut le soutenir - mettre en danger « la sécurité nationale, l'intégrité territoriale » ou provoquer « des troubles ou des crimes ». La Cour n'a pas développé ces termes spécifiques dans sa jurisprudence jusqu'à présent ; en même temps, elle a reconnu précédemment que « la sécurité nationale ou l'intégrité territoriale sont [...] des intérêts vitaux de l'État ».<sup>13</sup> Ainsi, compte tenu du contexte de la présente demande d'avis, on peut supposer sans risque de se tromper que l'imposition de restrictions aux appels à un changement constitutionnel radical, en particulier « les appels à l'indépendance ou à une autonomie étendue », peut poursuivre un objectif légitime.

<sup>10</sup> Voir *Murat Vural c. Turquie*, n° 9540/07, § 54, 21 octobre 2014.

<sup>11</sup> Dans de nombreux cas, l'acte physique incriminé contiendra un élément d'« expression » couvert par l'article 10, qui lui sera lié. Cet élément doit être dûment pris en compte par les tribunaux nationaux dans leur analyse, entre autres facteurs. Un exemple d'expression entrelacée avec un comportement physique est l'affaire *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, où le requérant a protesté contre la construction d'une extension d'autoroute. Dans le cadre de cette protestation, elle s'est placée devant des machines afin d'entraver les travaux. Elle a été arrêtée et détenue pendant dix-sept heures et a ensuite été emprisonnée jusqu'à sept jours. La Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 10 de la CEDH dans cette affaire, compte tenu de la clémence de la sanction. Autre exemple d'expressions mêlées aux actes physiques : l'affaire concernant l'apparition nue en public : elle peut être considérée comme un délit de trouble à l'ordre public ou comme une façon de s'exprimer - voir *Gough c. Royaume-Uni*, non. 49327/11, 28 octobre 2014.

<sup>12</sup> Appelées également dans la jurisprudence de la CEDH « interférences » - qui, selon l'article 10, peuvent prendre la forme de « formalités, conditions, restrictions ou sanctions » liées à l'exercice de cette liberté.

<sup>13</sup> Voir *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], no 26682/95, § 59, CEDH 1999-IV : « Si la presse ne doit pas franchir les bornes fixées en vue, notamment, de la protection des intérêts vitaux de l'État, telles la sécurité nationale ou l'intégrité territoriale, contre la menace de violence, ou en vue de la défense de l'ordre ou de la prévention du crime, il lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur des questions politiques, y compris sur celles qui divisent l'opinion. ».

#### D. Légalité de l'ingérence dans la liberté d'expression

13. Les restrictions doivent toujours être fondées sur la loi et être prévisibles.<sup>14</sup> Cela signifie que les lois pénales doivent être suffisamment claires pour permettre de comprendre quel type de comportement est sanctionné. Cette exigence découle non seulement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au titre de l'article 10,<sup>15</sup> mais aussi de l'article 7 de la Convention, qui consacre le principe *nullum crimen sine lege* et exige que les lois établissant la responsabilité pénale soient suffisamment claires, accessibles et prévisibles.<sup>16</sup>

14. Cela dit, il n'est pas réaliste de s'attendre à ce que les règles statutaires soient toujours formulées avec une précision parfaite : « si la certitude est souhaitable, elle peut entraîner une rigidité excessive, et la loi doit pouvoir s'adapter à l'évolution des circonstances. Par conséquent, de nombreuses lois sont inévitablement formulées en des termes plus ou moins vagues, dont l'interprétation et l'application sont des questions de pratique [références omises] ». <sup>17</sup> La prévisibilité de la loi doit être définie non seulement par rapport au texte de la règle de droit lui-même, mais à la lumière de l'ensemble du cadre législatif, qui comprend la jurisprudence des tribunaux nationaux, les règles du droit européen et international, le droit coutumier, etc. <sup>18</sup>

15. La Commission de Venise a précédemment reconnu que l'utilisation dans la législation pertinente de termes aussi vagues que « ordre constitutionnel », « morale », etc. n'est pas contraire aux normes européennes. <sup>19</sup> En effet, il appartient naturellement aux juges nationaux d'interpréter les termes de la loi. Il y a néanmoins un risque que certains termes soient interprétés de manière trop large, au détriment de la liberté d'expression. Il existe certaines techniques permettant de rendre les statuts plus précis. Lorsqu'une définition exhaustive et globale est impossible, certains termes (comme « déclaration », « personnalité publique », « questions d'intérêt public », etc.) peuvent être expliqués, par exemple, en donnant des exemples pertinents, qui peuvent guider les tribunaux dans l'examen de situations analogues. Il peut également être utile d'élaborer des lignes directrices au niveau sous-législatif pour expliquer la signification de ces termes. En tout état de cause, dans un tel cas, le juge devra donner une interprétation qui reste dans les limites du terme utilisé par la loi.

#### E. « Nécessaire dans une société démocratique » (analyse de la proportionnalité)

16. Dans le cadre du dernier volet du test, la Cour doit évaluer si l'ingérence en question était « nécessaire dans une société démocratique ». Cette partie du test est souvent appelée « analyse de proportionnalité ». Pour évaluer si l'ingérence dans la liberté d'expression du

<sup>14</sup> Voir, par exemple, *Rotaru c. Roumanie* [GC], no 28341/95, § 52, CEDH 2000-V ; *Maestri c. Italie* [GC], no. 39748/98, § 30, ECHR 2004-I.

<sup>15</sup> *The Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, § 49, série A n° 30

<sup>16</sup> Voir, dans le contexte de la liberté d'expression, *Parmak et Bakir c. Turquie*, n° 22429/07 et 25195/07, § 62 et suivants, 3 décembre 2019.

<sup>17</sup> *Karácsony et autres c. Hongrie* [GC], nos 42461/13 et 44357/13, § 122, 17 mai 2016 ; voir également § 125 : « Le niveau de précision de la législation interne – qui ne peut en aucun cas prévoir toutes les hypothèses – dépend dans une large mesure du contenu de la loi en question, du domaine qu'elle est censée couvrir et du nombre et du statut de ceux à qui elle s'adresse (*Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, § 142, et *Delfi AS*, § 122, tous deux précités). »

<sup>18</sup> *Karácsony et autres c. Hongrie* [GC], nos 42461/13 et 44357/13, § 122, 17 mai 2016 ; voir également § 125 : « Le niveau de précision de la législation interne – qui ne peut en aucun cas prévoir toutes les hypothèses – dépend dans une large mesure du contenu de la loi en question, du domaine qu'elle est censée couvrir et du nombre et du statut de ceux à qui elle s'adresse (*Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, § 142, et *Delfi AS*, § 122, tous deux précités). »

<sup>19</sup> *Karácsony et autres c. Hongrie* [GC], nos 42461/13 et 44357/13, § 122, 17 mai 2016 ; voir également § 125 : « Le niveau de précision de la législation interne – qui ne peut en aucun cas prévoir toutes les hypothèses – dépend dans une large mesure du contenu de la loi en question, du domaine qu'elle est censée couvrir et du nombre et du statut de ceux à qui elle s'adresse (*Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*, § 142, et *Delfi AS*, § 122, tous deux précités). »

requérant était proportionnée au(x) but(s) légitime(s) qu'elle poursuivait, la Cour doit examiner tous les facteurs qu'elle juge pertinents, tels que le contenu<sup>20</sup>, la forme et l'intensité du discours<sup>21</sup>, la position de l'orateur<sup>22</sup>, l'intention de l'orateur,<sup>23</sup> le support utilisé et le public auquel il s'adresse,<sup>24</sup> l'impact éventuel du discours,<sup>25</sup> la sévérité des sanctions imposées à l'orateur,<sup>26</sup> etc.

17. L'analyse de la proportionnalité est contextuelle. La Cour analyse la langue du discours et les effets qu'il peut avoir à la lumière des traditions culturelles d'un pays donné, de la situation politique actuelle, de la position publique de l'orateur, etc. Plus important encore, il n'existe pas de liste exhaustive des facteurs que la Cour prend en compte lors de l'analyse de la proportionnalité. Dans les paragraphes suivants, la Commission de Venise se concentrera sur les facteurs qui sont *généralement pris en compte dans les cas où des appels à des changements constitutionnels radicaux sont en jeu*.

### 1. Le discours politique se situe dans la zone centrale protégée en vertu de l'article 10

18. La Cour a toujours considéré la liberté d'expression comme un droit de l'homme fondamental, soulignant son importance non seulement directement, mais aussi en tant que fondement essentiel de la démocratie et des autres droits de l'homme. Elle a souligné à plusieurs reprises que « la liberté du débat politique est au cœur même du concept de société démocratique qui prévaut tout au long de la Convention »<sup>27</sup>. La démocratie est un concept fondamental du Conseil de l'Europe, c'est « le seul modèle compatible envisagé par la Convention et, par conséquent, le seul compatible avec elle ».<sup>28</sup> Il existe un droit corollaire du public à recevoir toutes sortes d'opinions sur les questions politiques, car un débat politique sans entrave garantit que les électeurs peuvent faire des choix en connaissance de cause.

19. L'une des principales caractéristiques de la démocratie est la possibilité de résoudre les problèmes d'un pays par le dialogue, sans recours à la violence, même lorsque ces problèmes sont agaçants<sup>29</sup>. Le dialogue démocratique ne peut exister sans pluralisme, sans ouverture d'esprit et sans tolérance<sup>30</sup>. Le débat politique doit être toléré même lorsqu'il est provocateur et diviseur, et même lorsqu'il promeut des « idées qui offensent, choquent ou dérangent »<sup>31</sup>. Le débat politique est par définition une question d'intérêt public, il n'y a donc guère de possibilités de restrictions.<sup>32</sup> Même les discours qui sont en contradiction avec les valeurs (démocratiques) dominantes doivent être autorisés car ils peuvent contenir un message politique pertinent<sup>33</sup>. Le débat politique peut porter sur des questions de politique courante ou aller plus loin et remettre

<sup>20</sup> Voir, par exemple, *Öztürk c. Turquie* [GC], no 22479/93, §64, CEDH 1999-VI ; *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], no 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV.

<sup>21</sup> Voir, par exemple, *Karácsony et autres c. Hongrie*, précité, § 137 et 140, 17 mai 2016 ; *Stomakhin c. Russie*, no. 52273/07, § 99, 9 mai 2018.

<sup>22</sup> Voir, par exemple, *Zana c. Turquie*, 25 novembre 1997, § 60, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII ; *Hogefeld c. Allemagne* (déc.), no. 35402/97, 20 janvier 2000.

<sup>23</sup> Voir, par exemple, *Sürek c. Turquie* (n° 1), précité, § 62.

<sup>24</sup> Voir, par exemple, *Karataş c. Turquie* [GC], n° 23168/94, § 52, CEDH 1999-IV ; *E.K. c. Turquie*, n° 28496/95, § 88, 7 février 2002.

<sup>25</sup> Voir, par exemple, *Zana c. Turquie*, précité, § 60 ; *Vajnai c. Hongrie*, non. 33629/06, § 49 et 55, CEDH 2008.

<sup>26</sup> Voir, par exemple, *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], nos 28955/06 et 3 autres, § 63-77, CEDH 2011 ; *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], no. 33348/96, § 111, CEDH 2004-XI ; *Stomakhin c. Russie*, précité, § 131.

<sup>27</sup> Voir, par exemple, *Lingens c. Autriche*, 1986, § 42 ; voir également *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, n° 13237/17, § 210, 20 mars 2018, et *Sahin Alpay c. Turquie*, n° 16538/17, § 180, 20 mars 2018.

<sup>28</sup> *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 45, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

<sup>29</sup> *Stankov et l'Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, n° 29221/95 et 29225/95, § 88, CEDH 2001-IX

<sup>30</sup> Voir, par exemple, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Öztürk c. Turquie* [GC], no 22479/93, § 66, CEDH 1999-VI ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* [GC], nos 21279/02 et 36448/02, § 46, CEDH 2007-IV.

<sup>33</sup> Comme le dit John Milton dans *Areopagitica*, un discours écrit pour le Parlement d'Angleterre en 1644, « Laissez [la Vérité] et le mensonge s'affronter ; quiconque a connu la Vérité a connu le pire, dans une rencontre libre et ouverte ».

en question la structure même de l'État et les fondements de l'ordre constitutionnel. Cela devrait être le point de départ de toute discussion sur la possibilité de réduire les appels à un changement constitutionnel radical, y compris « l'indépendance ou l'autonomie étendue » d'une région.

## 2. Allégations factuelles contre opinions

20. Le présent rapport se concentre sur les appels à un changement constitutionnel radical. Ces appels restent parfois très abstraits, mais ils sont le plus souvent mélangés à d'autres types d'expression : il s'agit de critiques sévères du gouvernement et de ses politiques, d'attaques verbales contre certains groupes de la population, d'accusations de mauvaise conduite portées contre des fonctionnaires et d'autres personnalités publiques, etc. Les différents types d'expression sont régis par des règles différentes dans le cadre de la Convention. Les allégations factuelles peuvent être prouvées ou réfutées. D'autres déclarations constituent des opinions ou des jugements de valeur, de sorte que les questions relatives à la charge et au niveau de preuve ne se posent généralement pas, ou du moins devraient être analysées différemment par les tribunaux nationaux<sup>34</sup>. Le présent rapport se concentrera sur la jurisprudence de la CEDH traitant de l'appel général à un changement constitutionnel radical. Il ne traitera pas des cas de diffamation ou d'insultes personnelles. De même, il ne traitera pas des publications obscènes, de la divulgation d'informations confidentielles, etc. Cela étant dit, les différents types de discours sont souvent amalgamés. La législation et la pratique des États membres devraient faire la distinction entre ces deux types de discours et élaborer des réponses juridiques en conséquence. Plus important encore (dans le contexte des appels à un changement constitutionnel), si l'orateur est tenu de prouver une opinion qui n'est pas susceptible d'être prouvée, cela peut constituer en soi une violation de l'article 10 de la Convention.

## 3. Liberté du débat politique et appels à la violence

21. La Commission de Venise rappelle que la demande de la Commission des questions juridiques portait spécifiquement sur le plaidoyer en faveur de « l'indépendance ou d'une autonomie étendue ». Dans ce contexte spécifique, la Cour a déclaré ce qui suit :

« Le simple fait qu'un parti politique réclame l'autonomie ou même demande la sécession d'une partie du territoire du pays n'est pas une base suffisante pour justifier sa dissolution pour des raisons de sécurité nationale. Dans une société démocratique fondée sur l'État de droit, les idées politiques qui remettent en cause l'ordre existant sans remettre en cause les principes de la démocratie et dont la réalisation est préconisée par des moyens pacifiques doivent se voir offrir une possibilité d'expression adéquate, notamment par la participation au processus politique ».<sup>35</sup>

22. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'apologie de la *violence* est la principale limite à ce type de discours politique. Par exemple, dans le contexte turc, la Cour a observé que les condamnations pour propagande séparatiste étaient contraires à l'article 10 car « elles ne peuvent être raisonnablement considérées comme préconisant ou incitant à l'usage de la violence »<sup>36</sup>. De même, dans l'affaire *Dmitriyevskiy c. Russie*, la Cour a noté que « lorsque les opinions exprimées ne constituent pas une incitation à la violence [...] les États contractants ne peuvent invoquer la protection de l'intégrité territoriale et de la sécurité nationale, le maintien de l'ordre et de la sécurité publics ou la prévention de la criminalité pour restreindre le droit du public d'en être informé ».<sup>37</sup> Il s'ensuit qu'en vertu de la Convention, les orateurs doivent

<sup>34</sup> Voir *Lingens c. Autriche*, précité ; mais voir *Brasilier c. France*, no 71343/01, § 36, 11 avril 2006, et *Morice c. France* [GC], no 29369/10, § 126, CEDH 2015.

<sup>35</sup> Voir l'affaire *Ilinden - Pirin et autres c. Bulgarie*, no. 59489/00, § 61, 20 octobre 2006.

<sup>36</sup> *Özgür Gündem c. Turquie*, n° 23144/93, § 77, CEDH 2000-III.

<sup>37</sup> No. 42168/06, § 100, 3 octobre 2017.

être autorisés à préconiser «un changement constitutionnel radical», y compris «l'indépendance ou une autonomie étendue» par des moyens pacifiques.

23. La Commission de Venise a utilisé la même approche dans ses avis. Dans un avis elle a souligné qu'en l'absence d'un élément de violence, l'interdiction d'expression favorisant le séparatisme territorial peut être considérée comme une expression légitime des opinions d'une personne.<sup>38</sup> Elle a également estimé, dans un autre avis, que «la défense *pacifique* [italiques ajoutés] d'une structure constitutionnelle différente [...] n'est pas considérée comme une action pénale et devrait au contraire être considérée comme une expression légitime ».<sup>39</sup>

24. En résumé, lorsqu'il s'agit de débat politique (« appels à un changement constitutionnel radical »), il existe une très forte présomption en faveur de la liberté d'expression. Dans le contexte spécifique du présent rapport, le caractère « radical » des changements constitutionnels préconisés par l'orateur ne peut justifier aucune restriction, et encore moins des sanctions pénales. Ceci devrait être le point de départ de toute analyse ultérieure. Il existe toutefois deux exceptions majeures à cette règle générale, qui seront examinées dans les sections suivantes.

#### **4. Propagande d'une idéologie hostile à la démocratie et aux droits de l'homme ; discours de haine**

25. Comme indiqué ci-dessus, la principale limite du discours politique est l'incitation à la violence. Toutefois, il existe une catégorie étroite d'affaires dans lesquelles la Cour a accepté des limites au discours politique même sans élément d'incitation à la violence. La Convention ne protège pas l'expression contraire aux *valeurs les plus fondamentales* de la Convention, lorsqu'elle « vise à la destruction de l'un quelconque des droits et libertés énoncés dans la Convention ou à leur limitation dans une mesure plus grande que celle prévue par la Convention » (article 17 de la Convention). Par exemple, la négation de l'Holocauste ou la propagande nazie peuvent être légitimement réduites par le biais de la responsabilité pénale, même si elles font partie d'un débat politique et même si elles n'incitent pas à la violence illégale.<sup>40</sup> Dans certaines de ces affaires, la Cour et l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme ont utilisé l'article 17 en combinaison avec l'article 10 § 2 de la Convention pour conclure que la plainte était irrecevable. Dans d'autres affaires de ce type, la conclusion de la Cour et de la Commission était fondée sur le seul article 10 § 2.<sup>41</sup>

26. La catégorie d'affaires ci-dessus coïncide avec les cas de « discours de haine ». Le discours de haine est défini dans la jurisprudence de la Cour comme « des déclarations générales attaquant ou présentant sous un jour négatif des groupes ethniques, religieux ou autres entiers »<sup>42</sup>. Il existe des documents internationaux qui obligent les États à adopter des mesures, y compris des mesures de droit pénal, pour lutter contre le discours de haine.<sup>43</sup> Le discours de

<sup>38</sup> CDL-AD(2014)010, Avis sur le projet de loi relatif à la révision de la Constitution de la Roumanie, § 73.

<sup>39</sup> CDL-AD(2014)043, avis sur la loi sur les organisations non gouvernementales (associations et fonds publics) telle que modifiée de la République d'Azerbaïdjan, § 49 ; voir également les lignes directrices sur la réglementation des partis politiques, CDL-AD(2010)024, § 96, et CDL-AD(2012)016, avis sur la loi fédérale sur la lutte contre les activités extrémistes de la Fédération de Russie, § 33.

<sup>40</sup> Voir, plus récemment, *Pastörs c. Allemagne*, non. 55225/14, 3 octobre 2019 ; voir également *Kühnen c. Allemagne*, n° 12194/86, décision de la Commission du 12 mai 1988, DR 56, p. 205, et *Pavel Ivanov c. Russie* (déc.), n° 35222/04, 20 février 2007, *W.P. et autres c. Pologne* (déc.), no. 42264/98, CEDH 2004-VII (extraits).

<sup>41</sup> *Perinçek c. Suisse* [GC], no 27510/08, § 114, CEDH 2015 (extraits), autres références omises. Dans la jurisprudence de la Convention, il est possible de distinguer deux groupes d'affaires : celles où l'article 17 a été appliqué comme solution « guillotine », entraînant l'irrecevabilité pure et simple de la requête, et celles où les conclusions ont été fondées sur le 10 § 2, c'est-à-dire sur l'analyse de la proportionnalité.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 206, avec d'autres références.

<sup>43</sup> L'article 20 du PIDCP exige des États qu'ils interdisent par la loi « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence », bien qu'il ne mentionne pas spécifiquement les sanctions pénales. Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe no. R(97)20 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe mentionne les sanctions pénales parmi les moyens de lutte contre les crimes de haine, mais appelle les tribunaux qui imposent ces sanctions à «assurer le strict respect

haine s'accompagne souvent d'appels ouverts ou implicites à la violence, mais ce n'est pas une condition nécessaire pour que ce discours soit légitimement réprimé<sup>44</sup>. Comme l'a récemment jugé la Cour, « l'incitation à la haine n'implique pas nécessairement un appel explicite 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 les discours xénophobes ou autrement discriminatoires face à la liberté d'expression exercée de manière irresponsable »<sup>45</sup>. Une recherche comparative menée par la Commission de Venise dans le cadre du rapport sur la relation entre la liberté d'expression et la liberté de religion<sup>46</sup> a montré que dans de nombreux documents internationaux et européens, la définition du discours de haine n'inclut pas la violence comme condition nécessaire. En ce qui concerne la législation nationale, certains Etats membres considèrent les appels à la violence comme un facteur aggravant du discours de haine mais non comme son élément constitutif,<sup>47</sup> alors que dans d'autres Etats, la définition du discours de haine contient une référence à la « violence »<sup>48</sup>.

27. Le plus souvent, les discours de haine exploitent les préjugés sur les minorités historiquement défavorisées et sont dirigés contre elles. Toutefois, le discours de haine ne doit pas nécessairement être dirigé contre les minorités. L'appel à la sécession peut parfois s'accompagner d'un discours de haine dirigé contre les représentants d'une majorité ethnique, religieuse ou autre d'un pays donné. La restriction de ce discours par des sanctions pénales serait, en principe, autorisée ; toutefois, les critiques radicales à l'encontre du gouvernement, de ses institutions et de sa politique ne devraient pas être présentées comme un discours de haine<sup>49</sup>. « La position dominante qu'occupe le gouvernement lui impose de faire preuve de retenue dans le recours à des poursuites pénales, notamment lorsque d'autres moyens sont disponibles pour répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires »<sup>50</sup>.

28. Il est essentiel de traiter avec prudence le concept de « discours de haine », afin de ne pas entraver le débat politique. Il existe un risque que les autorités nationales, sous prétexte de lutter contre le discours de haine, tentent de se protéger ou de protéger certains groupes ou idéologies

---

du principe de proportionnalité » (principe 5). La Recommandation 1805(2007) de l'APCE appelle à la « pénalisation » du discours de haine et à l'« interdiction » des appels à la violence publique par des références à des questions religieuses, « dans la mesure où cela est nécessaire dans une société démocratique, conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention » (voir point 17 de la Recommandation).

<sup>44</sup> La Cour fait souvent la distinction entre « discours de haine et discours incitant à la violence » comme s'il s'agissait de deux phénomènes différents - voir, par exemple, *Delfi AS c. Estonie* [GC], no 64569/09, §§ 110 et 114, CEDH 2015, ou *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, no. 40984/07, § 103, 22 avril 2010. Dans l'affaire *Dmitriyevski c. Russie*, précitée, § 99, la Cour a estimé que « l'incitation à la haine n'implique pas nécessairement l'appel à un acte de violence ou à d'autres actes criminels ». Toutefois, certains arrêts peuvent être interprétés comme suggérant que le discours de haine devrait toujours comporter un élément de violence : voir, par exemple, la conclusion dans l'affaire *Han c. Turquie*, non. 50997/99, § 32, 13 septembre 2005 : « [...] [Le] discours en question consistait en une évaluation critique de la politique de la Turquie concernant le problème kurde, alors que la Cour de sûreté de l'État a considéré que le discours incriminé contenait de la propagande séparatiste [...]. La Cour [...] considère que, dans son ensemble, le discours du requérant n'encourage pas la violence, la résistance armée ou l'insurrection et, par conséquent, ne constitue pas un discours de haine. Selon la Cour, c'est là le facteur essentiel (contrairement à l'arrêt *Sürek c. Turquie* (n° 1) [GC], n° 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV, et à l'arrêt *Gerger c. Turquie* [GC], n° 24919/94, § 50, du 8 juillet 1999) pour apprécier la nécessité de la mesure ».

<sup>45</sup> *Atamanchuk c. Russie*, non. 4493/11, § 52, 11 février 2020, avec d'autres références.

<sup>46</sup> CDL-AD(2008)026, Rapport sur la relation entre la liberté d'expression et la liberté de religion : la question de la réglementation et de la poursuite du blasphème, de l'insulte religieuse et de l'incitation à la haine religieuse, § 33.

<sup>47</sup> *Ibid.* § 35.

<sup>48</sup> *Ibid.* § 33.

<sup>49</sup> Dans l'affaire *Stomakhin c. Russie*, précitée, la Cour a recommandé une « approche prudente » des crimes de discours de haine, afin d'éviter une ingérence excessive dans le droit à la liberté d'expression - en particulier lorsque des mesures sont prises contre des opinions radicales qui sont « de simples critiques du gouvernement, des institutions de l'État et de leurs politiques et pratiques » (§ 117).

<sup>50</sup> Dans l'affaire *Stomakhin c. Russie*, précitée, la Cour a recommandé une « approche prudente » des crimes de discours de haine, afin d'éviter une ingérence excessive dans le droit à la liberté d'expression - en particulier lorsque des mesures sont prises contre des opinions radicales qui sont « de simples critiques du gouvernement, des institutions de l'État et de leurs politiques et pratiques » (§ 117).

dominants contre des critiques raisonnables. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Savva Terentyev c. Russie*, la Cour a conclu que des attaques verbales cinglantes contre les forces de police russes, même combinées à un langage agressif et vulgaire, n'équivalaient pas à un discours de haine dirigé contre les policiers en tant que groupe social<sup>51</sup>. De même, dans l'affaire *Mariya Alekhina et autres c. Russie*, la Cour a estimé qu'une représentation non autorisée d'un groupe punk dans une église orthodoxe ne constituait pas une incitation à la haine religieuse contre la majorité orthodoxe, contrairement à l'opinion des tribunaux russes, même si elle impliquait une atteinte à la paix publique<sup>52</sup>. Dans l'affaire *Aydın Tatlav c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à une violation de l'article 10 du fait qu'un requérant a été condamné pour avoir critiqué l'Islam en tant que religion légitimant l'injustice sociale<sup>53</sup>. Cette remarque critique sur certains aspects de ce système religieux n'a pas été considérée par la Cour comme un message haineux à l'encontre de tous les musulmans.

29. En résumé, la diffusion d'une idéologie visant à détruire les droits de l'homme ou d'un discours de haine peut être réprimé par les moyens du droit pénal,<sup>54</sup> mais un débat politique vigoureux appelant à des changements radicaux ou même à la sécession n'équivaut pas en soi à un discours de haine, et les idées politiques radicales n'impliquent pas nécessairement une incitation à la haine.

## 5. Qu'est-ce qui constitue une apologie « pacifique » ?

30. La question posée la Commission des questions juridiques s'est concentrée sur les appels « pacifiques » en faveur d'un changement constitutionnel. Ce qui équivaut à une apologie « pacifique » est au centre de ce rapport.

31. Même lorsque le droit national protège des formes d'expression « pacifiques », les tribunaux nationaux et la CEDH peuvent ne pas être d'accord sur le point de savoir si, dans les circonstances, l'expression en question était « pacifique » ou « violente ». Il s'agit essentiellement d'une question de fait ; pour déterminer si une déclaration incite à la violence, les tribunaux nationaux ne doivent pas considérer la déclaration de manière isolée, mais à la lumière du message global de l'orateur et de son contexte plus large<sup>55</sup>.

32. Dans certains cas, il peut être relativement facile de démontrer qu'une déclaration a incité à des actes violents spécifiques. Une bonne illustration d'un lien direct entre discours incendiaires et violence illégale est l'affaire *Rufi Osmani et autres c. « l'Ex-République yougoslave de Macédoine »*,<sup>56</sup> dans laquelle le requérant, qui était un maire élu de Gostivar et un Albanais de souche, a ordonné l'affichage des drapeaux albanais et turc à côté du drapeau macédonien devant la mairie. La Cour constitutionnelle, par une décision provisoire, a suspendu l'ordre du maire. Ensuite, le maire s'est adressé à un rassemblement public de citoyens d'origine albanaise. Dans son discours, il leur a demandé de désobéir à la décision de la Cour constitutionnelle et de résister à toute tentative de retrait du drapeau albanais. Il a organisé des équipes armées pour protéger le drapeau albanais, mis en place des quartiers généraux de crise, organisé des abris pour les personnes blessées si les hostilités devaient commencer, etc. Une tentative de la police de retirer le drapeau albanais a donné lieu à des escarmouches avec les deux parties en utilisant des armes à feu. Trois personnes ont perdu la vie, de nombreux citoyens et policiers ont été blessés, et des dégâts matériels considérables ont été causés. Dans cette affaire, la Cour a

<sup>51</sup> No. 10692/09, § 84, 28 août 2018.

<sup>52</sup> No. 38004/12, § 227, 17 juillet 2018.

<sup>53</sup> No. 50692/99, §§ 27-28, 2 mai 2006.

<sup>54</sup> Ce qui précède n'exclut pas que, dans certains cas, un message politique autorisé puisse être accompagné de déclarations pouvant être qualifiées de « discours de haine ». Dans ce cas, cependant, les tribunaux nationaux doivent clairement préciser quelle partie du « discours » donne lieu à la responsabilité.

<sup>55</sup> *Demirel et Ateş c. Turquie* (n° 3), n° 11976/03, § 26, 9 décembre 2008 ; voir également *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 31, série A n° 298.

<sup>56</sup> Cité ci-dessus.

conclu que de nombreux passages du discours du requérant encourageaient l'usage de la violence et que son discours, ainsi que ses actions plus pratiques, « ont joué un rôle important dans la survenance des événements violents qui ont suivi ». La Cour a noté en particulier que le requérant n'a pas été « inculpé immédiatement après le discours et l'assemblée, mais seulement après que leurs conséquences aient été ressenties » - ainsi, le lien entre le discours et la violence illégale était évident.

33. Les appels à la violence ne sont pas nécessairement ouverts et clairs, mais peuvent être le sous-texte de messages apparemment inoffensifs ou ambigus. Les messages violents - ou plutôt les messages susceptibles d'exacerber un conflit violent en cours - sont parfois camouflés comme étant pacifiques. Pour la Cour suprême des États-Unis, la simple apologie abstraite en faveur de l'usage illégal de la force ne suffit pas à justifier une limitation de la liberté d'expression, sauf s'il existe un danger clair et imminent que le discours provoque une action illégale<sup>57</sup>. La position de la Cour européenne des droits de l'homme est différente : il existe une jurisprudence - analysée dans les paragraphes suivants - qui montre que l'article 10 n'empêche pas de restreindre l'expression même lorsqu'elle n'incite à aucune action illégale immédiate et spécifique et lorsque le lien de causalité entre le message et d'éventuelles actions illégales est faible ou lointain.

34. L'affaire la plus illustrative est celle de *Zana c. Turquie*<sup>58</sup> - l'une des rares affaires dans lesquelles la Cour n'a pas constaté de violation de la Convention bien que le discours politique ait été sanctionné pénalement. Dans la partie pertinente de l'arrêt, la Cour a fait les observations suivantes :

« 58. [Les propos du requérant] pourraient se prêter à plusieurs interprétations, mais, en tout état de cause, ils présentent à la fois une contradiction et une ambiguïté. Une contradiction, car il paraît difficile à la fois de soutenir le PKK, organisation terroriste qui a recours à la violence pour parvenir à ses fins, et de se prononcer contre les massacres. Une ambiguïté, car si M. Zana désapprouve les massacres de femmes et d'enfants, il les qualifie en même temps d'« erreurs » que tout le monde peut commettre.

59. Cette déclaration ne saurait toutefois être considérée isolément. Elle a pris une ampleur particulière dans les circonstances de l'espèce, que le requérant ne pouvait ignorer. Comme la Cour l'a relevé plus haut [...], l'entretien a coïncidé avec des attentats meurtriers perpétrés par le PKK contre des civils dans le Sud-Est de la Turquie, où régnait à l'époque des faits une tension extrême.

60. Dans ces circonstances, le soutien apporté au PKK, qualifié de « mouvement de libération nationale », par l'ancien maire de Diyarbakır, ville la plus importante du Sud-Est de la Turquie, dans un entretien publié dans un grand quotidien national, devait passer pour de nature à aggraver une situation déjà explosive dans cette région. »

35. Un autre exemple est l'affaire *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, dans laquelle la Cour n'a pas considéré la dissolution d'un parti politique comme une violation des articles 10 et 11 de la Convention, observant « que dans leurs actes et leurs discours mentionnés par le Tribunal suprême, les membres et dirigeants des partis requérants n'ont pas exclu le recours à la force en vue de la réalisation de leurs desseins. » La Cour a également fait référence au « climat de confrontation créé par les parties requérantes »<sup>59</sup>. Dans l'affaire *Sürek c. Turquie (n° 1)*,<sup>60</sup> la Cour, se référant au contexte dans lequel les expressions se sont produites, à savoir « de graves troubles entre les forces de sécurité et les membres du PKK, impliquant de lourdes pertes en

<sup>57</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

<sup>58</sup> 25 novembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII.

<sup>59</sup> Nos 25803/04 et 25817/04, § 86, CEDH 2009, c'est nous qui soulignons.

<sup>60</sup> [GC], n° 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV.

vies humaines et l'imposition de l'état d'urgence dans une grande partie du sud-est de la Turquie », a estimé que l'intervention de l'État était justifiée puisque « le contenu de l'article doit être considéré comme susceptible d'inciter à de nouvelles violences dans la région. En effet, le message qui est communiqué au lecteur est que le recours à la violence est une mesure d'autodéfense nécessaire et justifiée face à l'agresseur ». De même, dans l'affaire *Leroy c. France*, la Cour, compte tenu des circonstances de l'affaire, notamment du fait que l'expression se produisait dans une « région sensible » (le Pays basque), a considéré que la caricature avait provoqué une certaine réaction publique capable d'attiser la violence et de démontrer un impact plausible sur l'ordre public dans la région<sup>61</sup>. Ces exemples montrent que la dissolution de partis politiques pour propagande de la violence – même lorsqu'elle ne prend pas la forme d'une incitation à des actes violents spécifiques mais plutôt d'une justification de moyens violents de résistance et de changement en général – n'est pas incompatible avec la Convention européenne, du moins si elle a lieu dans le cadre d'un conflit violent en cours.

36. Ce qui compte, donc, c'est la probabilité qu'une déclaration, qui est pacifique en apparence, puisse conduire à la violence, lorsqu'elle est considérée dans son contexte, en particulier à la lumière d'une situation politique « explosive ». Néanmoins, même dans le contexte d'un conflit violent en cours, l'apologie d'un « changement constitutionnel radical », y compris de « l'indépendance ou une autonomie étendue », ne peut pas être automatiquement considéré comme contribuant à cette violence. Par exemple, la Cour a conclu dans l'affaire *Özgür Gündem c. Turquie* que « la Cour n'est pas convaincue que, même sur fond de troubles graves dans la région, les expressions qui semblent soutenir l'idée d'une entité kurde séparée doivent être considérées comme aggravant inévitablement la situation ».<sup>62</sup> Il s'ensuit que, en règle générale, il faut prouver qu'il existe un danger *concret* que les appels à un changement radical exacerbent la violence en cours.

37. Un autre groupe de cas concerne l'apologie ou la justification de la violence illégale, en particulier le terrorisme<sup>63</sup>. La Cour qualifie souvent ces condamnations pénales comme justifiées au titre de l'article 10 § 2 - voir, par exemple, *Resul Taşdemir c. Turquie*,<sup>64</sup> ou, dans le contexte russe, *Stomakhin c. Russie*, où le requérant a été condamné notamment pour « glorification de l'insurrection et de la résistance armée des séparatistes tchéchènes ainsi que des méthodes violentes utilisées par ceux-ci »<sup>65</sup>. Dans ces affaires également, la Cour doit examiner la véritable portée du discours dans le contexte général : tous ceux qui critiquent le gouvernement en se plaçant dans la même position qu'une organisation terroriste ne soutiennent pas les méthodes violentes de cette dernière<sup>66</sup>. En outre, une couverture médiatique précise des événements, ne contenant aucun élément d'incitation à la violence ou de soutien manifeste à l'usage de la violence par les groupes terroristes, ne peut pas conduire à l'imposition d'une responsabilité pénale<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> No. 36109/03, § 45, 2 octobre 2008.

<sup>62</sup> Cité ci-dessus, § 70.

<sup>63</sup> Ce qui, dans certains ordres juridiques, est qualifié de crime de complicité de terrorisme

<sup>64</sup> (Déc.), non. 38841/07, 23 février 2010.

<sup>65</sup> Cité ci-dessus, § 108.

<sup>66</sup> Voir *Şener c. Turquie*, n° 26680/95, § 45, 18 juillet 2000 : « La Cour note en outre que, bien que certaines phrases semblent avoir un ton agressif, comme celle soulignée par le gouvernement, l'article pris dans son ensemble ne glorifie pas la violence. Il n'incite pas non plus à la haine, à la vengeance, à la récrimination ou à la résistance armée. Au contraire, l'article est une analyse intellectuelle du problème kurde qui appelle à la fin du conflit armé. Selon la Cour, ce sont les facteurs essentiels qui doivent être pris en compte [réf. omise] ». Voir également *Öztürk c. Turquie* [GC], n° 22479/93, §§ 65 et 68, CEDH 1999-VI. De même, dans l'affaire *E.K. c. Turquie*, précitée, la Cour a estimé qu'un document de conférence, même s'il pouvait être interprété comme « un éloge de la lutte armée », était protégé par l'article 10.

<sup>67</sup> *Özgür Gündem*, précité, § 66.

## 6. Aperçu comparatif

38. Pour statuer sur des cas individuels, la Cour examine parfois s'il existe un consensus européen sur la question de fond au cœur de l'affaire. L'existence d'un consensus entre les États membres n'est pas déterminante en soi, mais définit l'étendue de la marge d'appréciation accordée à l'État défendeur dans la réglementation de ces questions. Si le consensus existe, la marge est plus étroite, ce qui nécessiterait un examen plus approfondi des restrictions au niveau national dans ce domaine par la Cour.

39. D'un point de vue comparatif, de nombreux codes pénaux mentionnent la « force », la « violence » ou la « menace de violence » comme élément constitutif des crimes de propagande séparatiste et autres<sup>68</sup>. Pour éviter toute ambiguïté, plusieurs pays préfèrent préciser la portée du discours politique *protégé* dans la législation ou dans la jurisprudence, afin de montrer clairement quels types de discours politiques *ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales*<sup>69</sup>.

40. Cela dit, un certain nombre de pays prévoient des sanctions pénales lorsque les appels à l'indépendance ne sont pas accompagnés d'appels à la violence. Ainsi, certains codes pénaux ne font pas référence à la violence mais à l'*inconstitutionnalité* du changement territorial préconisé par l'orateur - un terme qui peut être interprété de manière assez large<sup>70</sup>.

41. La Commission de Venise n'a identifié qu'un seul exemple clair d'interdiction absolue dans la législation de tout appel au séparatisme, même pacifique. Ainsi, selon l'article 280.1 du code pénal de la Fédération de Russie, « les appels publics à commettre des actes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale de la Fédération de Russie » sont criminalisés. Comme l'a expliqué la Cour suprême russe, pour être punissables, ces « appels publics » ne doivent pas nécessairement inciter des personnes spécifiques à commettre des infractions pénales

<sup>68</sup> Voir, par exemple, la section 82 (1) no. 1 du code pénal allemand qui sanctionne « toute personne qui s'engage, par la force ou la menace de la force, à séparer une partie d'un État membre de [la République fédérale] » (c'est nous qui soulignons). Voir également l'article 302 du code pénal italien qui sanctionne l'incitation à des actes *violents* (i) visant à porter atteinte à l'indépendance ou à l'unité de l'État italien, et (ii) susceptibles de produire un tel résultat. Un autre exemple serait le code pénal bulgare. Ce code ne contient pas de disposition spécifique sur la défense de l'indépendance ou du séparatisme. Cependant, une telle activité peut entrer dans le champ d'application d'une infraction plus générale concernant les appels publics à un changement forcé de l'ordre social et étatique établi par la Constitution de la République de Bulgarie : article 108, par. 1 du Code pénal : « Quiconque propage ... le changement *forcé de l'ordre social et étatique* établi par la Constitution de la République de Bulgarie est puni par... ». L'article 2 de la Constitution stipule que la Bulgarie est un État unitaire. Elle proclame l'inviolabilité de son intégrité territoriale et interdit la création de territoires autonomes au sein de l'État bulgare. La structure unitaire de l'État et l'interdiction de l'autonomie locale sont des principes fondamentaux de la Constitution et, en tant que tels, sont des éléments essentiels de l'ordre constitutionnel. Par conséquent, l'appel public à l'indépendance ou à l'autonomie « forcée » d'une partie du territoire national empiète sur l'ordre établi par la Constitution et, à ce titre, relève de l'article 108 du code pénal.

<sup>69</sup> Les deux exemples les plus évidents sont l'Espagne et le Canada. Dans l'affaire 459/2019, la Cour suprême espagnole a noté que la défense politique de la nécessité de déclarer l'indépendance d'une partie quelconque du territoire national ne constitue pas un crime. Au Canada, le code pénal prévoit explicitement, à l'article 60, que les « propos séditionnels » ne sont pas pénalement punissables si l'intention de l'auteur est (c) de provoquer, par des moyens légaux, l'altération de toute question de gouvernement au Canada. Ces dispositions permettent d'exclure le discours politique de la sphère du droit pénal. Tant en Espagne qu'au Canada, les mouvements et partis indépendantistes opèrent légalement dans la sphère politique depuis de nombreuses années.

<sup>70</sup> Par exemple, l'article 111 du code pénal ukrainien empêche les appels publics à la modification de la structure territoriale « contrairement à la procédure établie par la Constitution ». La question est de savoir ce que signifie « inconstitutionnalité » dans ce contexte, et ce qui se passe si la Constitution ne prévoit aucune modification du territoire national, ou si elle s'oppose directement à une telle modification. Un exemple intéressant est fourni par le code pénal letton, où la « violence » n'est pas un élément constitutif de l'infraction proscrite par l'article 81 - il ne parle que d'« une manière qui n'est pas prévue par la Constitution ». En théorie, il implique qu'une personne pourrait être condamnée même pour avoir prôné le séparatisme pacifique. En Lettonie, un débat est en cours pour savoir si le territoire de la Lettonie constitue un élément de l'identité nationale et donc le noyau immuable de la Constitution et si des modifications substantielles du territoire de la Lettonie ne sont pas autorisées par la Constitution.

spécifiques. Ainsi, la simple diffusion d'idées « portant atteinte à l'intégrité territoriale » peut déjà être pénalement punissable <sup>71</sup>.

42. La Commission de Venise rappelle que le degré de protection du discours politique dépend non seulement des formules légales mais aussi de leur interprétation par les tribunaux. Comme souligné ci-dessus (voir paragraphe 31), le terme « incitation » peut être interprété par les tribunaux de manière plus ou moins large, en fonction du contexte du pays concerné et du moment historique donné. Ainsi, en réalité, la liste des pays où la propagande séparatiste peut être sanctionnée en tant que telle, même sans appel à la violence, peut être plus longue.

43. En résumé, si de nombreux codes pénaux européens mentionnent la force, la violence ou la menace de violence comme élément constitutif du crime de propagande séparatiste (ou plus généralement de discours séditieux), il existe quelques exemples du contraire, où *tout* appel à la sécession, même réalisé par des moyens pacifiques, est pénalement punissable, en droit ou en pratique. Par conséquent, il peut être difficile de détecter un consensus européen clair sur cette question.

## **7. Apologie d'un changement constitutionnel par des moyens « pacifiques » mais illégaux**

44. La jurisprudence de la Cour citée ci-dessus porte essentiellement sur les appels à la *violence*. Cependant, tous les actes illégaux ne sont pas violents. La question est de savoir s'il est permis aux États, en vertu de la Convention, de sanctionner les appels à des actes illégaux mais non violents – comme, par exemple, les appels à cesser de payer des impôts ou d'autres formes de désobéissance civique passive. Dans l'affaire *Forcadell I Lluís et autres c. Espagne*, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que « si un parti politique est autorisé à faire campagne pour un changement de la législation ou des structures juridiques ou constitutionnelles de l'État, le parti en question ne peut le faire que si les moyens utilisés sont absolument légaux et démocratiques » <sup>72</sup>. Il ressort de cette citation que le fait de faire campagne pour des actions illégales peut entraîner des sanctions. La *nature* et la *sévérité* de la sanction autorisée (emprisonnement, amende ou sanctions de caractère non pénal) ne sont pas précisées dans la jurisprudence. La proportionnalité de la sanction doit être évaluée dans chaque cas particulier en fonction du contexte, et en particulier du type d'action illégale préconisée par l'orateur (pour plus de détails sur la proportionnalité des sanctions, voir ci-dessous, section 9).

45. L'« illégalité » de toute action future préconisée par l'orateur doit être évaluée par la Cour de manière autonome - sinon, l'État peut se soustraire à sa responsabilité en vertu de la Convention en qualifiant arbitrairement certaines actions d'illégales. En outre, comme le suggère la jurisprudence de la Cour au titre de l'article 11, les autorités devraient tolérer certaines formes d'actions illégales lorsque la liberté d'expression est en jeu <sup>73</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Elvira Dmitrieva*

<sup>71</sup> Le 28 mars 2017, la Cour constitutionnelle russe (voir l'arrêt N 665-O) a rejeté une plainte dans laquelle le requérant alléguait que l'article 280.1 était inconstitutionnel parce qu'il criminalisait les « déclarations de caractère non violent concernant l'intégrité territoriale de la Fédération de Russie ».

<sup>72</sup> Déc. n° 75147/17, § 37, 7 mai 2019. Dans cette affaire, les requérants, 76 membres du Parlement catalan, se sont plaints d'une violation de l'article 11, en raison de la suspension par le Parlement catalan de la convocation d'un parlement siégeant le 9 octobre 2017, afin d'annoncer les résultats d'un référendum anticonstitutionnel sur le sujet de l'autodétermination de la Catalogne (les requérants se sont également plaints au titre de l'article 10 de la CEDH, mais la Cour n'a analysé leurs griefs qu'au titre de l'article 11). Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a affirmé cela dans son Observation générale sur la liberté d'expression : « les États parties doivent veiller avec un soin extrême à ce que les lois sur la trahison et les dispositions similaires relatives à la sécurité nationale, qu'elles soient décrites comme des secrets officiels ou des lois sur la sédition ou autres, soient élaborées et appliquées de manière à se conformer aux exigences strictes du paragraphe 3 » de l'article 19 du PIDCP, qui exige que les restrictions à la liberté d'expression soient prévues par la loi et doivent être nécessaires pour un objectif légitime, tel que la sécurité nationale ou l'ordre public. Le droit de participer à la vie publique est protégé par l'article 25 du PIDCP.

<sup>73</sup> Voir *Navalnyy c. Russie*, [GC], n° 29580/12 et 4 autres, § 143, 15 novembre 2018.

c. *Russie* (examinée au regard des articles 10 et 11)<sup>74</sup>, la requérante a été condamnée à une amende pour avoir « appelé le public à participer à un événement public non autorisé » par le biais d'un réseau de médias sociaux. La Cour européenne des droits de l'homme a noté que la simple « illégalité » de la campagne ne justifiait pas la sanction : « l'événement public annoncé par la requérante sur son compte de réseau social [ne présentait] pas de risque pour la sécurité publique [et] n'était [pas] susceptible d'entraîner des troubles publics ou un crime ». La Cour a rappelé que « l'application des règles régissant les assemblées publiques ne peut pas devenir une fin en soi » et que « le fait que la requérante ait violé une interdiction légale en « faisant campagne » pour participer à un événement public qui n'avait pas été dûment approuvé ne suffit pas en soi à justifier une ingérence dans sa liberté d'expression »<sup>75</sup>. La Cour a rappelé qu'« il est important que les autorités publiques fassent preuve d'un certain degré de tolérance à l'égard des rassemblements pacifiques illégaux [réf. omise]. Il n'y avait aucune raison de croire que l'événement en question, bien que non dûment approuvé, ne serait pas pacifique. En effet, le message incriminé, disséminé sur Internet, ne contenait aucun appel à commettre des actes violents, désordonnés ou autrement illégaux pendant l'événement public »<sup>76</sup>.

46. En résumé, le caractère et le degré de « l'illégalité » doivent être évalués. Dans l'affaire *Elvira Dmitriyeva* précitée, la Cour a noté qu'« il est également significatif que le refus d'approuver le lieu de la manifestation du demandeur ait été ultérieurement jugé illégal par les tribunaux nationaux »<sup>77</sup>. Toutefois, même lorsque l'illégalité des actions préconisées par l'orateur ne fait aucun doute, elle ne devrait pas automatiquement déclencher une sanction, et encore moins une sanction pénale. Il devrait y avoir une relation de proportionnalité entre le degré et le caractère de « l'illégalité » et la sanction qui en découle. En particulier, dans certains cas, la simple illégalité d'une action peut ne pas suffire à justifier une quelconque ingérence dans la liberté d'expression.

## 8. L'importance de la position de l'orateur

47. La question posée par la Commission des questions juridiques concerne la liberté d'expression exercée par « les hommes politiques ou les représentants de la société civile ». Le statut de l'orateur est pertinent : par exemple, certaines catégories de fonctionnaires – comme les juges ou le personnel militaire<sup>78</sup> – ont un devoir de réserve lorsqu'ils s'expriment en public. Ainsi, le régime juridique régissant la liberté d'expression de ces catégories d'orateurs peut être moins favorable que le régime juridique général.

48. Toutefois, les représentants élus ne font pas partie de cette catégorie. La liberté d'expression est plus importante dans le cas des représentants élus, car ils représentent et défendent les intérêts de l'électorat et, par conséquent, toute interférence avec leur liberté d'expression doit être soigneusement évaluée<sup>79</sup>. Dans l'affaire *Incal c. Turquie*, la Cour a expressément déclaré que « [l]a liberté d'expression, précieuse pour tous, est particulièrement importante pour les partis politiques et leurs membres actifs »<sup>80</sup>. Avec les dirigeants de la société civile et les journalistes, ils jouent un rôle central dans la promotion du débat public. En ce qui concerne les hommes politiques, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que rien ne justifie d'empêcher les personnalités publiques qui cherchent à débattre en public de trouver, selon les règles démocratiques, des solutions politiques aux problèmes actuels<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> Nos 60921/17 et 7202/18, § 66, 30 avril 2019.

<sup>75</sup> Ibid, § 84.

<sup>76</sup> Ibid, § 86.

<sup>77</sup> Ibid, § 87.

<sup>78</sup> Voir *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 100, série A n° 22 ; mais voir *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994, § 38, série A n° 302.

<sup>79</sup> *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 42, série A n° 236.

<sup>80</sup> [GC], 9 juin 1998, § 46, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV. Voir aussi *Jean-Jacques Morel c. France*, no 25689/10, § 39, 10 octobre 2013.

<sup>81</sup> *Parti communiste unifié de Turquie*, cité ci-dessus, § 45.

49. Si les représentants élus sont soumis à un régime juridique spécial dans certains pays, celui-ci est souvent encore plus favorable que le régime général. Cela est démontré par les immunités spéciales attachées au statut de membre du parlement. Par exemple, dans l'affaire *Karácsony et autres c. Hongrie*,<sup>82</sup> la Cour a souligné que le discours au Parlement jouit d'un niveau de protection élevé. Mais cette immunité est fonctionnelle. En dehors des débats parlementaires, ou sur des questions qui ne sont pas liées aux affaires du Parlement, ce régime juridique spécial ne s'applique pas<sup>83</sup>, mais le régime général régissant le discours politique reste valable.

50. Ainsi, le point de départ devrait être que les représentants élus, dans l'exercice de leur mandat, bénéficient d'une protection plus élevée de leur liberté d'expression. Cela étant dit, il peut y avoir des situations où la position de l'orateur en tant qu'homme politique actif (ou même retraité mais influent) constituerait un facteur justifiant une restriction de sa liberté d'expression. Par exemple, dans l'affaire *Zana*, évoquée plus haut, la Cour a souligné que le requérant était un ancien maire de Diyarbakır, ce qui implique que sa réputation et son statut public pourraient avoir amplifié l'effet de son entretien. Dans l'affaire *Erbakan c. Turquie*, la Cour a noté en particulier que le requérant était une « personnalité politique notoire », ce qui implique à nouveau que cela pourrait avoir eu un effet sur l'impact de ses propos<sup>84</sup>. De ce raisonnement, on peut déduire que si des hommes politiques influents, même lorsqu'ils sont des représentants élus, encouragent une émeute, un tel discours donne un vernis de « légitimité » à des actions par ailleurs illégales et peut donc justifier des sanctions. Dans l'affaire *Rufi Osmani*, évoquée plus haut, la Cour a spécifiquement noté qu'un maire, en appelant à résister à la décision de la Cour constitutionnelle, allait clairement au-delà de son mandat politique. Les discours qui ne sont pas liés à l'exercice normal du mandat d'un représentant élu ne seraient sans doute pas couverts par son « immunité fonctionnelle ». Néanmoins, dans les situations ordinaires, les représentants élus bénéficient d'une protection accrue sur les questions liées à l'exercice rationnel de leur mandat politique<sup>85</sup>.

## 9. Proportionnalité des sanctions

51. La nature et la sévérité de la sanction imposée font partie des facteurs à prendre en compte pour évaluer la proportionnalité de l'ingérence<sup>86</sup>. La règle de base pour la Cour est que « l'imposition d'une peine privative de liberté (même avec sursis) pour une infraction liée aux médias ne sera compatible avec la liberté d'expression des journalistes [...] que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, comme, par exemple, dans le cas d'un discours de haine ou d'une incitation à la violence »<sup>87</sup>. Toutefois, le « discours de haine » et l'« incitation à la violence » peuvent avoir des degrés d'intensité différents et avoir une portée ou un impact différent, et nécessiteront donc des réponses juridiques de différents niveaux, même dans le cadre du droit pénal.

52. Par exemple, dans l'affaire *Abedin Smajić c. Bosnie-Herzégovine*,<sup>88</sup> le requérant a été reconnu coupable d'avoir décrit, sur un forum Internet et de manière très détaillée, comment attaquer les villages serbes en cas de guerre. La Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 10 en raison de la condamnation à un an de prison, avec sursis pour une période de trois ans, associée à la confiscation de l'ordinateur personnel et du portable. Dans l'affaire *Müslüm Gündüz*

<sup>82</sup> Cité ci-dessus, § 138.

<sup>83</sup> CDL-AD(2019)015, Paramètres sur les relations entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : une liste de contrôle, §§ 147 et suivants.

<sup>84</sup> No. 59405/00, § 62, 6 juillet 2006.

<sup>85</sup> Les débats politiques au Parlement peuvent (et parfois doivent) être rapportés par la presse. Même si les hommes politiques peuvent être à l'origine du débat politique, ces voix ne seraient pas entendues sans être publiées dans la presse ou diffusées.

<sup>86</sup> *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* [GC], non. 33348/96, § 111, CEDH 2004-XI ; voir *Karataş c. Turquie* [GC], no 23168/94, § 53, CEDH 1999 IV.

<sup>87</sup> *Atamançuk c. Russie*, précité, § 67.

<sup>88</sup> Déc., non. 48657/16, 16 janvier 2018.

c. *Turquie*,<sup>89</sup> le requérant a été condamné à quatre ans de prison pour les appels à « planter le poignard » dans le « ventre mou » d'un penseur islamiste modéré. La Cour a accepté cette peine comme étant proportionnée. Enfin, dans l'affaire *Rufi Osmani*, analysée ci-dessus, qui concernait des appels directs à la violence illégale ayant entraîné la perte de vies humaines, la Cour a noté que « [la peine globale initiale du requérant] a été réduite de treize ans et huit mois à sept ans d'emprisonnement. Finalement, le requérant a été amnistié. Le requérant a passé un an et trois mois en prison. Par conséquent, même si la peine initiale peut être considérée comme sévère, un an et trois mois passés en prison ne peuvent être considérés comme disproportionnés, compte tenu des faits de l'espèce ».

53. En revanche, dans l'affaire *Karataş c. Turquie*, la peine de treize mois d'emprisonnement a été considérée comme disproportionnellement sévère pour « un particulier qui a exprimé ses opinions par la poésie - qui par définition s'adresse à un très petit public - plutôt que par les médias » et dont les vers « étaient de nature artistique »<sup>90</sup>. Dans l'affaire *Stomakhin c. Russie*, la Cour a conclu à une violation de l'article 10 en raison de la condamnation du requérant pour « promotion de l'extrémisme » dans le contexte du conflit tchéchène. Le requérant a été condamné à une peine de 5 ans de prison et à une interdiction supplémentaire de 3 ans d'exercer le journalisme ; la Cour a conclu que la sévérité de la peine était une mesure extrêmement sévère, notant notamment « que les déclarations incriminées ont été diffusées dans un bulletin d'information auto-publié, dont le nombre d'exemplaires était très faible »<sup>91</sup>.

54. Il existe d'autres illustrations de ce que la Cour a précédemment considéré comme des sanctions pénales proportionnées ou disproportionnées en ce qui concerne le discours séditieux ou incendiaire. Le problème de l'approche holistique de la Cour en matière d'analyse de la proportionnalité est qu'il n'est pas toujours facile de discerner si la constatation d'une violation était fondée sur le fait que le discours en question ne méritait aucune sanction, ne méritait pas de sanction pénale ou ne méritait pas de sanction pénale d'une sévérité particulière<sup>92</sup>. Cela étant dit, la Cour a déclaré à plusieurs reprises qu'elle « doit examiner avec une attention particulière les cas où les sanctions imposées par les autorités nationales pour un comportement non violent impliquent une peine de prison »<sup>93</sup>. On peut donc conclure sans risque que les peines de prison pour discours non violent ne sont pas exclues mais sont, aux yeux de la Cour, particulièrement contestables.

### III. Conclusion

55. La question posée par la Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire à la Commission de Venise concernait l'éventuelle criminalisation des appels lancés par des hommes politiques ou des représentants de la société civile en faveur de changements constitutionnels radicaux par des moyens pacifiques, y compris les appels à l'indépendance ou à une autonomie étendue pour certaines parties du territoire national. La Commission de Venise a examiné la question sous l'angle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour), principalement au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention).

<sup>89</sup> Déc., non. 59745/00, 13 novembre 2003.

<sup>90</sup> Cité ci-dessus, § 52.

<sup>91</sup> Cité ci-dessus, § 131.

<sup>92</sup> Ainsi, dans l'affaire *Özgür Gündem*, précitée, la Cour a constaté que les articles reprochés au journal requérant et critiquant la politique des autorités dans le sud-est de la Turquie « La Cour estime néanmoins qu'on ne saurait raisonnablement les tenir pour préconiser ou encourager le recours à la violence. » Cet élément devrait normalement suffire pour conclure que le journal requérant a été sanctionné pour le discours politique autorisé, ce qui, en soi, constitue une violation de l'article 10. Toutefois, dans le même paragraphe, la Cour a poursuivi comme suit : « Eu égard à la sévérité des peines infligées, elle conclut que les restrictions imposées à la liberté d'expression du journal qui ressortent de ces affaires étaient disproportionnées au but poursuivi et ne sauraient se justifier comme étant « nécessaires dans une société démocratique ». Ce raisonnement implique que si la sanction était inférieure, les conclusions de la Cour pourraient être différentes (voir § 70).

<sup>93</sup> Voir *Taranenko c. Russie*, n° 19554/05, § 87, 15 mai 2014.

56. La jurisprudence en la matière est très complexe et repose sur l'analyse contextuelle de divers facteurs. L'analyse de ces facteurs permet à la Cour de trouver le juste équilibre entre la liberté d'expression et les intérêts légitimes de l'État et de la société à préserver la sécurité nationale, l'intégrité territoriale et la sécurité publique, et à prévenir les troubles ou la criminalité. Avec un certain degré d'approximation, l'approche de la Cour sur ces questions peut être résumée comme suit.

57. Toute limitation de la liberté d'expression, en particulier les sanctions pénales, doit être prévisible et fondée sur des règles clairement formulées dans la législation. Cela dit, les lois dans ce domaine sont inévitablement formulées en termes assez généraux, de sorte que leur signification peut être clarifiée au niveau infra-législatif dans la jurisprudence des tribunaux nationaux, par exemple par le biais de références au droit européen et international. En tout état de cause, dans un tel cas, le juge devra donner une interprétation qui reste dans les limites du terme utilisé par la loi.

58. En règle générale, le discours politique ne peut être criminalisé, même s'il est provocateur ou s'il sème la discorde et s'il prône des changements radicaux, y compris l'indépendance potentielle ou l'autonomie étendue d'une région. Lors de l'analyse du discours politique, les tribunaux doivent faire la distinction entre les déclarations factuelles et les opinions.

59. Le discours politique bénéficie d'une protection accrue ; toutefois, il existe quelques exceptions à cette règle générale. La première exception concerne les idéologies qui visent à détruire la démocratie et les droits de l'homme. Ainsi, par exemple, la glorification du nazisme est un crime dans certains pays européens. La deuxième exception concerne les discours de haine. La criminalisation du discours de haine est recommandée dans de nombreux instruments internationaux. Le plus souvent, le discours de haine est dirigé contre des minorités défavorisées, mais l'inverse ne peut pas non plus être exclu, notamment dans le contexte de la propagande séparatiste. Cela étant dit, la notion de « discours de haine » doit être interprétée de manière étroite et ne doit pas être étendue à la critique, même virulente, du gouvernement, des institutions de l'État et de leurs politiques et pratiques.

60. Le dernier groupe de cas où le discours politique peut être légitimement limité, y compris par des sanctions pénales (ces cas sont les plus pertinents pour le sujet de ce rapport) concerne le discours politique qui incite à des actes *violents*. La distinction entre le discours pacifique et les appels à la violence/haine dépend beaucoup du contexte. Le discours politique peut être criminalisé s'il n'est pacifique qu'en apparence mais, s'il est correctement analysé, il propage la violence, que ce soit directement ou indirectement, et crée ainsi un *danger concret* de cette violence, qui doit être prouvé, en particulier dans le contexte d'un conflit violent en cours.

61. La position publique de l'orateur est importante : dans des circonstances normales, lorsqu'il n'y a pas d'appels à la violence, les hommes politiques élus bénéficient d'une protection accrue (qui prend parfois la forme d'une immunité parlementaire). Dans des circonstances spécifiques, au contraire, la position politique d'un orateur influent peut conférer une force supplémentaire aux appels à des actions autrement illégales et peut donc justifier des sanctions.

62. Même lorsque des sanctions pénales sont autorisées pour les discours appelant à la violence, la Cour peut conclure à une violation de l'article 10 si la sanction pénale qui en résulte est trop sévère par rapport à l'impact négatif que le discours a eu ou pourrait avoir.

63. Quant aux appels à des actes illégaux mais non violents, les sanctions pénales dans ces cas ne sont pas exclues en tant que telles mais sont très contestables. Il est important d'évaluer, en particulier, le caractère des « actions illégales » préconisées par l'orateur.

CDL-AD(2020)028

64. La Commission de Venise reste à la disposition de l'Assemblée parlementaire pour une assistance supplémentaire dans ce domaine.