La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : « de la démocratie à Strasbourg »

Nicolas Hervieu

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6167>

DOI : 10.4000/crdf.6167

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 20 décembre 2010

Pagination : 103-114

ISBN : 978-2-84133-367-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Nicolas Hervieu, « La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : « de la démocratie à Strasbourg » », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 8 | 2010, mis en ligne le 08 octobre 2020, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6167> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6167>

La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : « de la démocratie à Strasbourg »

Nicolas HERVIEU

Allocataire-moniteur en droit public à l'Université de Paris-Ouest Nanterre – La Défense
Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)

I. L'assise ferme de la démocratie formelle

A. Le personnage politique, une figure majeure et plurifonctionnelle du débat politique

1. L'introuvable statut de personnage politique
2. La diversité des figures de personnage politique

B. Les corrections démocratiques : le personnage politique au service du débat politique

1. Tolérance et esprit d'ouverture, maîtres mots du débat politique
2. La violence, obstacle destructeur du débat politique

II. Le terrain glissant de la démocratie substantielle

A. La limitation axiologique de la liberté d'expression des personnages politiques

1. L'émergence d'une démocratie de valeurs face à la liberté d'expression politique
2. Le refus du discours extrême du personnage politique

B. La lutte strasbourgeoise contre la haine raciale et la discrimination dans le discours des personnages politiques : un enfer pavé de bonnes intentions ?

1. Le renversement des priorités
2. De la démocratie formelle à la démocratie substantielle : les dangers du concept de « discours dangereux »

La fraction la plus fondamentale d'une liberté elle-même classée parmi les plus fondamentales des libertés fondamentales. Tel pourrait être défini, en peu de mots, le rang accordé à la liberté d'expression politique dans les discours juridiques – notamment jurisprudentiels – et méta-juridiques ou doctrinaux. Certes, cette assertion doit être

nuancée, ne serait-ce qu'à la lueur des contingences du recours argumentatif à la *fondamentalité*¹. Force est pourtant de constater la place toute particulière de cette facette de la liberté d'expression au Panthéon des droits et libertés. Il n'est d'ailleurs guère d'espaces où l'on ne décèle une trace de cette perception².

1. V. Champeil-Desplats, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323-329 (326 *sq.*) où est décrite la « potentielle régression à l'infini du processus de justification » auquel peut participer la qualification d'un droit ou d'une liberté comme toujours plus « fondamental(e) ».

2. E. Barendt, *Freedom of speech*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 39 *sq.* et 154 *sq.* (dans les principaux « États libéraux »). Voir aussi Cour inter-américaine des Droits de l'homme, Avis 5/85, 13 novembre 1985, *Adhésion obligatoire à une association prescrite par la loi pour la pratique du journalisme*, § 70.

Le droit européen ne fait pas exception. L'apport du système de la Convention européenne des Droits de l'homme dans l'affirmation et la protection de « la liberté de discussion politique »³ est en ce sens conséquent. Bien sûr, la contribution du droit communautaire à la liberté d'expression est, quant à elle, loin d'être nulle, mais elle demeure limitée pour ce domaine politique⁴. Le cumul de la récente entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'espérée adhésion de l'Union au système conventionnel⁵ pourrait faire évoluer cette situation sans néanmoins remettre en cause la place centrale de la Cour européenne des Droits de l'homme⁶, organe phare à ce propos.

1) La « position préférée »⁷ de la liberté d'expression politique est pourtant obérée par l'indétermination voire l'évanescence des frontières de son objet. En effet, l'expression politique se distingue difficilement d'autres formes d'expressions car peu de discours publics sont exempts d'implications politiques et il est délicat de sérier exactement les limites du champ politique. Plus encore, la légitimité du juge pour trancher entre ce qui est présenté comme politique et ce qui ne l'est pas apparaît pour le moins faible⁸. La Cour européenne a d'ailleurs en ce sens préféré faire l'économie de cette difficulté en réfutant explicitement toute différence « entre le débat politique et la discussion d'autres problèmes d'intérêt général »⁹.

L'analyse de cette liberté au travers de l'un de ses principaux bénéficiaires, le personnage politique¹⁰, pourrait dès lors être une piste plus fructueuse pour parer cet obstacle, le critère matériel de l'objet du discours venant s'ajouter au critère personnel de son auteur privilégié. Mais surtout, car la difficulté de délimitation semble plus reportée que tranchée sous cet angle¹¹, la recherche d'un hypothétique statut de personnage politique¹² dans la jurisprudence européenne permettrait

d'éclairer le cœur même de la liberté d'expression politique et les justifications de sa position spécifique. En effet, qu'il s'agisse de la liberté d'expression politique ou plus restrictivement de la liberté d'expression des personnages politiques, le langage de l'évidence est insuffisant. Intuitivement, certes, l'expression politique semble mériter une protection privilégiée. Mais cette perception empreinte d'un jugement de valeur assez diffus apparaît bien trop mouvante pour expliquer tant le contenu que les limites de la protection.

Le choix parmi les divers fondements philosophiques possibles de la liberté d'expression¹³ est en ce sens déterminant. S'ils ne sont pas exclusifs l'un envers l'autre, ils reflètent chacun une approche distincte de la liberté d'expression et emportent des conséquences bien différentes. La finalité de la liberté d'expression joue ainsi comme une variable de l'intensité de la protection selon qu'une expression donnée contribuera ou non à ladite finalité. La Cour européenne des Droits de l'homme n'a guère laissé planer de doutes sur la justification de la liberté d'expression et n'a eu de cesse que de mettre en valeur « sa liaison intime avec la préservation de la démocratie »¹⁴. Il fut ainsi affirmé très tôt 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 »¹⁵, un tel choix n'étant d'ailleurs pas isolé¹⁶. En fixant avec constance la démocratie comme cap de la liberté d'expression, la Cour n'a pu que contribuer à « cette sur-valorisation de la liberté d'expression [...] particulièrement forte lorsqu'il s'agit d'un débat d'idées dans le champ politique, ce qui est normal, puisque le débat politique est inhérent et essentiel à la démocratie »¹⁷.

2) Pour autant, si la référence démocratique sature la jurisprudence strasbourgeoise relative à la liberté

3. Cour EDH, Ch. 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, Req. n° 11798/85, § 46.

4. J. Rideau, « Liberté d'expression et influence de la jurisprudence de Strasbourg sur la jurisprudence communautaire », in *La protection européenne de la liberté d'expression : réflexions sur des évolutions restrictives récentes*, Séminaire du 10 octobre 2008 à la CEDH : www.ircm.u-strasbg.fr/seminaire_oct2008/docs/rapport_Strasbourg_J-Rideau.pdf, consulté le 30 janvier 2010.

5. Toutes deux permises par le traité de « Lisbonne », entré en vigueur le 12 décembre 2009.

6. La Charte renforce le statut de standard minimum de référence joué par le système conventionnel vis-à-vis du système communautaire (voir l'article 52.3).

7. E. Barendt, *Freedom of speech*, p. 159 : « The preferred position of speech concerned with political and public affairs [...] ».

8. C. R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, Free Press, 1993, p. 5.

9. Cour EDH, Ch. 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, Req. n° 13778/88, § 64.

10. Cette expression et celle de « personnalité politique » seront préférées à celle – moins large – d'« homme politique » car la Cour (voir, par exemple, Cour EDH, 1^{re} Sect. 27 mai 2004, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, Req. n° 57829/00, § 40) et d'autres sources du Conseil de l'Europe les ont adoptées (Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 12 février 2004, *Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias*).

11. Voir *infra* I. A.

12. J. Morange, « Le statut du discours politique », in *Mélanges Benoît Jeanneau*, C.-A. Garbar (dir.), Paris, Dalloz, 2002, p. 407-424. Pour une recherche en droit français de l'« originalité statutaire de la communication politique au sein de la liberté d'expression », voir aussi P. Mbongo, « Liberté et interdits dans la communication politique », *Les Petites Affiches*, n° 187, 2008, p. 3-12.

13. E. Barendt, *Freedom of speech*, p. 6-23 : la recherche de la vérité ; l'épanouissement personnel ; la participation des citoyens à la démocratie ; la méfiance à l'égard du Gouvernement. Voir aussi J. Morange qui ne retient que les trois premiers fondements : *La Liberté d'expression*, Paris, PUF (Que sais-je ?), 1993, p. 19 *sq.*

14. P. Wachsmann, « Participation, communication, pluralisme », *L'Actualité juridique droit administratif*, n° spécial, 1998, p. 166.

15. Cour EDH, Pl. 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72, § 49 : on relèvera dans cet extrait *in fine* la référence à un autre fondement possible de cette liberté.

16. E. Barendt, *Freedom of speech*, p. 20 et 36 : « Le plus populaire, et peut-être le plus attractif, argument [pour justifier la liberté d'expression] est la participation des citoyens à une démocratie constitutionnelle. » (Nous traduisons toutes les citations de l'anglais dans cet article.)

17. J.-P. Costa, « La liberté d'expression selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme de Strasbourg », *Actualité et Droit international*, Communication à l'Université de Navarre le 2 mars 2001, p. 2 (www.ridi.org/adi/200106ai.pdf, consulté le 30 janvier 2010).

d'expression, en particulier celle des personnages politiques, elle n'est pas, loin s'en faut, dépourvue d'ambiguïté. Tout d'abord, les relations entre liberté d'expression et démocratie ne sont pas univoques car si la Cour affirme que la première fonde la seconde, que « la démocratie se nourrit [...] de la liberté d'expression »¹⁸, la réciprocité est de mise. Ainsi, le préambule de la Convention européenne souligne que « le maintien [des libertés fondamentales] repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique ». Ce régime serait donc un *prérequis* à l'épanouissement des libertés alors qu'il est affirmé dans le même temps « l'importance cruciale de la liberté d'expression, qui constitue l'une des conditions *préalables* au bon fonctionnement de la démocratie »¹⁹. Pour paraphraser les propos tenus au sujet d'une autre éloquente « relation bilatérale », « la liberté d'expression fait vivre la démocratie et la démocratie fait vivre la liberté d'expression »²⁰. Et l'on ajoutera « limite la liberté d'expression » car si cette dernière fonde la démocratie, elle y trouve aussi ses propres frontières dès lors que le concept de société démocratique joue également comme condition de conventionalité d'une ingérence²¹. L'équation simple d'une liberté au service de la démocratie est donc nuancée par cette circularité conceptuelle et des liens étroits entre les notions. Ces constats contribuent à révéler l'ambivalence qui affecte la notion de société démocratique²² et qui se manifeste notamment dans la jurisprudence de la Cour.

Au-delà du système européen des Droits de l'homme, le terme « démocratie » souffre déjà d'une profonde ambiguïté dans les discours juridiques et métajuridiques : il est utilisé tantôt pour désigner le régime où la seule

décision légitime est celle qui procède de la volonté du peuple, tantôt afin de qualifier un régime protecteur de droits et libertés fondamentales²³. Une distinction d'inspiration proche mais non identique peut être décelée dans la jurisprudence de la Cour européenne relative à la société démocratique, malgré son caractère impressionniste. En effet, d'une part, la « société démocratique » y apparaît comme un régime caractérisé par la transmission et l'exercice du pouvoir conformément à la volonté électorale et selon un ensemble de procédures destinées à favoriser la libre formation et expression de cette volonté²⁴. Ainsi, au-delà du droit à des élections libres²⁵, la Cour identifie un ensemble de « règles » et d'« exigences de la démocratie » telles que « le pluralisme politique, le suffrage universel et la libre participation à la vie politique »²⁶, le libre jeu du débat politique²⁷ ou le respect de la minorité politique²⁸, éléments qui vont certes bien au-delà du « modèle démocratique technique et étriqué »²⁹ mais demeurent tournés vers le processus de conquête et d'exercice du pouvoir. D'autre part, ce terme de société démocratique peut désigner des « idéaux et [des] valeurs »³⁰ à protéger, tels que « le principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques »³¹ ou le « respect de l'égalité dignité de tous les êtres humains »³² dont dérive notamment la lutte contre le racisme³³. En quelque sorte, et selon les cas, la Cour aura tendance, dans son usage de la « société démocratique », à appuyer alternativement sur l'aspect démocratique ou sur l'aspect sociétal. Cette distinction, brossée à grands traits, fait donc apparaître une dimension formelle voire procédurale³⁴ de la démocratie et une dimension matérielle ou substantielle.

18. Cour EDH, Gde ch. 27 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, Req. n° 19392/92, § 57.

19. Cour EDH, 4^e Sect. 16 mars 2000, *Özgür Gündem c. Turquie*, Req. n° 23144/93, § 43, nous soulignons.

20. Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 181 : « le pluralisme politique fait vivre la liberté d'expression et la liberté d'expression fait vivre le pluralisme politique. »

21. Voir l'article 10, § 2.

22. Pour une présentation éclairante et plus complète, voir Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 375 et 289 sq.

23. Voir J.-M. Denquin, « Démocratie », in *Dictionnaire des Droits de l'homme*, J. Andriantsimbazovina et al. (dir.), Paris, PUF, 2008, p. 207-211. J.-F. Kervégan, « Démocratie », in *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e édition, P. Raynaud et S. Rials (dir.), Paris, PUF, 2003, p. 149 : « L'accession de la démocratie au statut d'idéalité normative se traduit par le fait que cette notion recouvre désormais, plus que des institutions définies, un ensemble de valeurs : les Droits de l'homme. » Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 12 sq.

24. Voir F. Jacquemot, *Le Standard européen de société démocratique*, Montpellier, Monéditeur.com, 2006, p. 280 : « [un] droit subjectif à la démocratie qui se traduit par le droit de vote et d'éligibilité, mais aussi par les droits "essentiels" que [la Cour] va concrétiser autour de la liberté partisane, de la liberté de la presse et de la liberté individuelle et collective d'expression ».

25. Article 3 du Protocole n° 1 à la Convention. Voir Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 39 sq. et 385.

26. Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, § 54.

27. Cour EDH, Pl. 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, Req. n° 9815/82, § 42 : « Le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière ».

28. Cour EDH, Pl. *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, Req. n° 7601/76, § 63 : « [...] la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante ».

29. Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 376.

30. Cour EDH, Ch. 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, Req. n° 5095/71, § 53.

31. Cour EDH, Gde ch. 13 février 2003, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, Req. n° 41340/98, § 119.

32. Cour EDH, 1^{re} Sect. 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, Req. n° 59405/00, § 56.

33. Cour EDH, Gde ch. 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, Req. n° 43577/98 et 43579/98, § 145 : « La violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine [...] d'où la nécessité de] combattre le racisme et la violence raciste, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse ».

34. La présente terminologie ne cadre pas exactement avec le « concept procédural de démocratie » de Jürgen Habermas, tourné vers la légitimation du droit et incluant tant « les délibérations qui sont menées pour parvenir à une décision et qui sont régulées par des procédures démocratiques » que « les processus informels de formation de l'opinion » (*Droit et Démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 311 sq.). Seules ces procédures démocratiques telles que protégées par la Cour seront essentiellement étudiées ici.

Il serait évidemment imprudent de se laisser prendre au piège d'une telle réduction schématique et binaire d'un concept aussi protéiforme que polysémique. Plus que deux espaces hermétiquement clos et strictement définis, ces deux significations du terme « démocratie » sont deux pôles d'attraction d'intensité variable. Surtout, les caractères de la société démocratique peuvent étayer l'une ou l'autre de ces significations et être marqués eux-mêmes par une ambivalence. Il en est ainsi pour des éléments clés de la société démocratique, selon la Cour³⁵, tels que le pluralisme³⁶. De plus, des logiques transversales mais non antagonistes peuvent se superposer à cette division et permettre une analyse plus fine encore du discours juridictionnel³⁷. Enfin, cette distinction *sui generis*, à finalité démonstrative et plus inductive que déductive, ne saurait prétendre à une généralisation excessive et sans précaution au-delà de la jurisprudence strasbourgeoise relative à la liberté d'expression politique.

3) Une telle dualité offre néanmoins une clef de compréhension particulièrement précieuse de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme concernant cette dernière liberté et son exercice individuel³⁸ par les personnages politiques. La grille de lecture qui en résulte dépasse la traditionnelle alternative entre expansion ou contraction de la protection de la liberté d'expression, souvent vaine au regard de la « casuistique arborescente »³⁹ qui caractérise l'œuvre strasbourgeoise en ce domaine. Dans la perspective finaliste d'une liberté d'expression au service de la démocratie, le champ de la liberté d'expression politique et ses modalités de protection ou de limitation varieront donc selon la dominante formelle de la démocratie ou sa dominante matérielle. Mais surtout, plus que sur l'intensité des restrictions de la liberté d'expression des personnages politiques, cette distinction permet de s'interroger sur la nature des bornes de cette liberté spécifique. À cet égard, la logique et les implications du raisonnement strasbourgeois, particulièrement protecteur lorsque la liberté du discours des personnages politiques est placée sous l'égide de la démocratie formelle (I), apparaissent bien différentes et plus glissantes lorsqu'est choisi le terrain de la démocratie substantielle (II).

I. L'assise ferme de la démocratie formelle

Produit du croisement de la liberté d'expression avec les droits politiques conventionnels et imprégnée par la teneur démocratique qui infuse le système conventionnel tout entier⁴⁰, « la liberté du débat politique constitue un aspect particulier de la liberté d'expression »⁴¹ et place les idées échangées dans ce débat « au sommet de la hiérarchie des opinions couvertes par l'article 10 »⁴². Bien sûr, une telle conception nourrit la force du « statut » de personnage politique, héraut majeur de ce débat (A). Mais, réciproquement, elle est à l'origine des faiblesses dudit statut car ce rempart privilégié de la liberté d'expression du personnage politique est finaliste. Il n'existe qu'à travers sa contribution au débat politique et cesse dès que celle-là représente une menace pour l'existence même de celui-ci (B).

A. Le personnage politique, une figure majeure et plurifonctionnelle du débat politique

« Point d'unité (1), de la diversité (2) », tel est le credo du juge strasbourgeois en la matière.

1. L'introuvable statut de personnage politique

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme n'est jamais avare de paradoxes. Ainsi, la protection de la liberté d'expression des personnages politiques, particulièrement forte, est inversement proportionnelle à la précision des contours de cette dernière qualité. En effet, la Cour ne confère le bénéfice d'une telle protection que de façon casuistique, sans se reposer sur une définition préalable⁴³, ni même expliciter son choix. En d'autres termes, au lieu d'une définition conditionnant la qualification, elle préfère des qualifications prétorienne et ponctuelles qui, *in fine*, débouchent sur une définition nécessairement impressionniste de ce personnage politique. Mais paradoxe n'est pas synonyme d'incohérence. Il est d'abord difficile d'exiger une définition d'une qualité qui n'est déjà guère évidente en soi, ne serait-ce qu'en lien avec le flou et l'étendue de l'objet

35. Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49 : « Le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" ».

36. F. Sudre, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in *Droit et Pluralisme*, L. Fontaine (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 266 sq. où est évoquée la « fonction ambivalente » de la notion (« fonction de promotion » et « fonction de restriction »).

37. L. Josende, « Liberté d'expression et démocratie : réflexion sur un paradoxe », *Politeia*, n° 10, 2006, p. 140 : « la liberté d'expression est [...] autant une liberté individuelle qu'un droit démocratique. [...] le droit à la liberté d'expression [est] l'incarnation d'une valeur fondamentale de l'idéologie libérale classique quand il est posé comme supérieur aux autres Droits de l'homme, et [est] un principe d'agencement concret de l'ordre démocratique lorsqu'il apparaît fortement limité face aux autres libertés individuelles ».

38. La présente étude n'évoquera les libertés des partis politiques, entités collectives, que de façon incidente. Pour une présentation complète de cet aspect, Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 256 sq.

39. J.-F. Flauss, « La Cour européenne des Droits de l'homme et la liberté d'expression », in *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, E. Zoller (dir.), Paris, Dalloz, 2008, p. 98.

40. Cour EDH, Gde ch. 19 février 1998, *Bowman c. Royaume-Uni*, Req. n° 24839/94, § 42 : « Des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique [...] Les deux droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre ».

41. Cour EDH, Gde ch. 20 mai 1999, *Rekviényi c. Hongrie*, Req. n° 25390/94, § 26.

42. Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 201.

43. Pour un exemple de définition, voir Comité des ministres, *Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias* : « Toute personne physique qui est candidate, a été élue à ou a quitté un poste politique, qui occupe une fonction politique au niveau local, régional, national ou international ou qui exerce une influence politique, ci-après dénommée "personnalité politique" ».

politique lui-même⁴⁴. De plus, cette définition varie selon le contexte⁴⁵. Surtout, la finalité de la qualification de l'auteur du discours n'exige pas une telle définition dans la démarche de la Cour.

Plus qu'un statut unique de personnage politique, la juridiction strasbourgeoise met en exergue plusieurs qualités donc chacune peut se cumuler aux autres et peser d'autant dans l'analyse de l'espèce. Le caractère circonstancié de son contrôle ainsi que « son pragmatisme et son empirisme »⁴⁶ en la matière sont en effet des données essentielles. Lorsqu'elle examine une allégation de violation de la liberté d'expression, la Cour identifie l'ingérence au sein de cette liberté et vérifie le respect des trois critères de conventionalité de cette ingérence⁴⁷. Sans surprise, le point nodal du contrôle se situe le plus souvent sur le terrain de la nécessité dans une société démocratique. À ce stade, l'idée que « du degré même de liberté d'expression des candidats – ou hommes politiques – à une élection dépend la qualité du débat démocratique »⁴⁸ est partagée à Strasbourg. Néanmoins, cette qualité n'est qu'une pièce dans le puzzle du raisonnement de la Cour. Le contexte du débat politique, « essentiel au fonctionnement démocratique »⁴⁹, suffit à placer les propos exprimés dans ce cadre sous un halo de protection renforcée⁵⁰. En témoigne d'ailleurs le fait que la Cour confère une protection similaire à d'autres acteurs du débat politique et public reconnus comme tels, à l'image des militants⁵¹, des syndicalistes⁵² ou, bien évidemment, des journalistes, « fer[s] de lance » de la liberté d'expression politique »⁵³. En ce sens, la qualité du locuteur – voire de celui visé par l'expression⁵⁴ – est moins analysée par la Cour que l'objet

du discours litigieux⁵⁵. Ainsi, alors qu'« un véritable statut du discours politique »⁵⁶ se dessine dans la jurisprudence strasbourgeoise, tel n'est pas le cas s'agissant du personnage politique car la méthode d'analyse utilisée par la cour ne conduit pas à faire émerger, à son propos, un statut unique. Néanmoins, et à l'inverse, les différentes facettes du personnage politique – potentiellement cumulables – seront prises en compte dans l'examen contentieux, toujours à l'aune de cette perspective finaliste et donc de la contribution spécifique ainsi apportée au débat politique par ledit personnage.

2. La diversité des figures de personnage politique

La contribution la plus remarquée et remarquable est avant tout celle de l'*élu*, ainsi que le révèle la célèbre formule jurisprudentielle selon laquelle « précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts »⁵⁷. L'onction électorale et la légitimité qui en découle confèrent ainsi au personnage politique une protection accrue⁵⁸. Cependant, à la suite de cette figure phare, d'autres fonctions politiques se trouvent mises en valeur. Si la Cour impose des exigences équivalentes et strictes s'agissant des limitations apportées à leur liberté d'expression, elle apporte quelques nuances qui révèlent en creux sa conception du débat politique. À l'intersection de l'approche libérale du « *free market of speech* » de la Cour suprême américaine⁵⁹ et du principe habermassien de discussion où la volonté collective légitime se forme dans le cadre de procédures équitables⁶⁰, elle élargit les frontières

44. Voir *supra* et Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 194 : « Devient politique tout discours qui ambitionne d'influer sur la volonté générale afin de déterminer ne serait-ce que partiellement le contenu de l'intérêt général ».

45. La Cour tient ainsi compte de la qualité selon laquelle une personne s'exprime ou est visée par l'expression (Cour EDH, 1^{re} Sect. 13 novembre 2003, *Scharch et News Verlagsgesellschaft MBH c. Autriche*, Req. n° 39394/98, § 38 : épouse d'un homme politique mais visée par la presse en sa qualité de femme politique).

46. J.-F. Flauss, « La Cour européenne... », p. 98.

47. Article 10, § 2 : une ingérence prévue par la loi, poursuivant un but légitime et nécessaire dans une société démocratique. Voir P. Wachsmann, « Liberté d'expression », *Juriscasseur*, Fasc. 800, 2008, p. 4 *sq.*

48. S. Roure, « La liberté d'expression en France dans le débat politique démocratique », *Politeia*, n° 10, 2006, p. 278.

49. Cour EDH, 2^e Sect. 11 avril 2006, *Brasilier c. France*, Req. n° 71343/01, § 39.

50. Cour EDH, Gde ch. 8 juillet 1999, *Sürek c. Turquie* (n° 1), Req. n° 26682/95, § 61 : « l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général ».

51. Cour EDH, 4^e Sect. 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, Req. n° 68416/01 : les tracts visant un fast-food participent à « l'expression politique » (§ 88) et leurs auteurs « s'engagent dans le débat public » (§ 90) ; Cour EDH, 2^e Sect. 28 juin 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, Req. n° 24699/94, § 66 : pour une publicité contre l'élevage en batterie « la nature du discours est politique plutôt que commerciale » (§ 66).

52. Cour EDH, Gde ch. 8 juillet 1999, *Ceylan c. Turquie*, Req. n° 23556/94, § 36 : « le requérant s'exprimait en sa qualité de dirigeant syndical, dans le cadre de son rôle d'acteur de la vie politique ».

53. Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 399. Voir J.-M. Larralde, « L'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme et la liberté de la presse », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 69, 2007, p. 39-62.

54. Voir *infra* I. B.

55. Voir entre autres : Cour EDH, *Ceylan c. Turquie*, § 33 ; Cour EDH, 3^e Sect. 10 octobre 2000, *İbrahim Aksoy c. Turquie*, Req. n° 28635/95, § 58 ; Cour EDH, 2^e Sect. 27 juillet 2006, *Güzel c. Turquie* (n° 2), Req. n° 65849/01, § 26 où il est relevé que les propos ou écrits litigieux ont « la forme d'un discours politique tant par [leur] contenu que par les termes utilisés ».

56. J. Morange, « Le statut du discours politique », p. 409.

57. Cour EDH, Ch. 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, Req. n° 11798/85, § 42.

58. Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 208 : « La Cour pousse la logique jusqu'à son paroxysme : l'élu concentre en lui la liberté d'expression de tous les électeurs qu'il représente et voit donc la puissance de la sienne démultipliée lorsqu'il s'exprime en sa qualité de représentant ».

59. A. Masson, « De la possible influence d'O. W. Holmes sur la conception de la liberté d'expression dans la Convention européenne des Droits de l'homme », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 3, 2006, p. 245.

60. J. Habermas, *Droit et Démocratie...*, p. 123 *sq.* Voir aussi G. Philippe, « La protection de la démocratie contre les groupements liberticides », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, H. Dumont et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 87.

du débat public ou du « marché des idées » tout en tenant néanmoins compte de la particularité des auteurs de chaque expression.

La Cour protège ainsi la minorité politique, en particulier les *opposants politiques*, en indiquant qu'« un adversaire des idées et positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l'arène politique »⁶¹. Les *membres actifs de partis politiques* bénéficient, quant à eux, de la légitimité des partis politiques au point que soit transposée à leur bénéfice la formule applicable aux élus⁶². Il en est de même des *candidats* à une élection⁶³. Plus généralement, sont parfois évoqués, dans une « catégorie balai », les « acteurs de la vie politique »⁶⁴. Cette diversité est encore accrue par la possible combinaison de ces qualités à l'image de l'*élu militant*⁶⁵ ou de l'*élu d'opposition*⁶⁶, voire du *futur élu d'opposition*⁶⁷, ainsi que par la prise en compte de l'immunité parlementaire⁶⁸ et de son extension jurisprudentielle applicable selon le lieu de l'expression⁶⁹. Or une telle donnée n'est pas neutre dans la jurisprudence strasbourgeoise. Cette dernière forge, en effet, les règles de l'arène politique à la lueur de la contribution et de la place du personnage politique – comme auteur ou destinataire de l'expression litigieuse – vis-à-vis du débat d'idées.

B. Les corrections démocratiques : le personnage politique au service du débat politique

Selon la Cour, ce qui est en soi digne de protection n'est pas la liberté d'expression du personnage politique mais le débat politique⁷⁰. La garantie jurisprudentielle de la première n'existe que par ricochet du second (1) et cesse dès que les deux intérêts divergent (2).

1. Tolérance et esprit d'ouverture, maîtres mots du débat politique

Dans la perspective d'une « valorisation structurelle de la faculté de débattre »⁷¹, la Cour met en exergue la nécessité d'un esprit d'ouverture et d'une tolérance réciproque des acteurs du jeu politique⁷². Ces exigences bénéficient aux personnages politiques autant qu'elles pèsent sur eux. En effet, la liberté d'expression qui est reconnue à l'ensemble des acteurs du jeu politique, est large au point que soient admis, sous couvert de jugements de valeur, les propos exagérés, virulents et/ou polémiques⁷³. Il est d'ailleurs des situations où le cumul de circonstances est particulièrement favorable à un échange vif⁷⁴. Mais dans un tel contexte tenant compte « des aléas du jeu politique et du libre débat des idées », les personnages politiques sont aussi en première ligne. « Expos[és] inévitablement et consciemment à un contrôle attentif

61. Cour EDH, Ch. 27 avril 1995, *Piermont c. France*, Req. n° 15773/89, § 76.

62. Cour EDH, Gde ch. 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, Req. n° 22678/93 : « Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour les partis politiques et leurs membres actifs [...]. Ils représentent leurs électeurs, signalent leurs préoccupations et défendent leurs intérêts. Il s'agissait ici « d'un homme politique, membre d'un parti de l'opposition ».

63. Cour EDH, *Brasileir c. France*, § 42 : accusations de fraude électorale formulées contre le maire élu par un « candidat à l'élection litigieuse » et « membre de l'opposition, qui représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts ».

64. Cour EDH, 4^e Sect. 4 mai 2006, *Alinak et al. c. Turquie*, Req. n° 34520/97, § 35 (discours d'ex-parlementaires « en leur qualité d'homme politique, dans le cadre de leur rôle d'acteurs de la vie politique turque »).

65. Cour EDH, 2^e Sect. 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, Req. n° 12697/03, § 20 : « Le requérant s'exprimait sans aucun doute en sa qualité d'élu et dans le cadre de son engagement écologiste, de sorte que ses propos relevaient de l'expression politique ou "militante" ».

66. Cour EDH, *Castells c. Espagne*, § 42 : « la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition ».

67. Cour EDH, 5^e Sect. 25 février 2010, *Renaud c. France*, Req. n° 13290/07, § 40 : militant associatif local assimilé à un élu d'opposition par ses critiques de la majorité municipale et son élection ultérieure au conseil municipal.

68. Cour EDH, 1^{re} Sect. 30 janvier 2003, *Cordova c. Italie* (2 arrêts), Req. n° 40877/98 et 45649/99. Pour des développements récents, voir Cour EDH, Gde ch. 3 décembre 2009, *Kart c. Turquie*, Req. n° 8917/05.

69. Par analogie, la Cour juge que la légitimité d'une protection des propos parlementaires *via* une immunité vaut également pour les propos d'élus siégeant dans leur assemblée, nonobstant l'absence d'immunité accordée à ces derniers en droit interne. Cour EDH, 3^e Sect. 27 février 2001, *Jérusalem c. Autriche*, Req. n° 26958/95, § 40 : « Que les propos de [l'élu] aient été ou non couverts par l'immunité parlementaire, la Cour estime qu'ils ont été prononcés dans une instance pour le moins comparable au Parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression des participants. Dans une démocratie, le Parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique ».

70. Cette approche est résumée dans l'opinion séparée des juges Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa et Baka sous Cour EDH, Gde ch. 8 juillet 1999, *Karataş c. Turquie*, Req. n° 23168/94 : « La marge d'appréciation [des États...] est par exemple étroite lorsque l'ingérence porte sur un discours politique car on touche là au cœur de la démocratie : restreindre ce mode d'expression affaiblit celle-ci. En revanche, lorsque le discours, par sa nature même, risque de mettre la démocratie en péril, la marge d'appréciation sera proportionnellement plus large ».

71. J.-F. Flauss, « La Cour européenne... », p. 102.

72. Le pluralisme (voir *supra* note n° 36) doit ici être distingué car il s'agit plus d'un objectif étatique et d'un résultat collectif que d'une exigence individuelle pesant sur les personnages politiques participant au débat.

73. Voir, par exemple, Cour EDH, 2^e Sect. 4 mars 2003, *Yaşar Kemal Gökçeli c. Turquie*, Req. n° 27215/95, § 38 (critique du Gouvernement « empreinte d'une agressivité certaine et de virulence »). Voir également Cour EDH, *Mamère c. France* (un élu et militant qui qualifie un ancien fonctionnaire de « sinistre personnage »).

74. Cour EDH, 2^e Sect. 18 avril 2006, *Roseiro Bento c. Portugal*, Req. n° 29288/02, § 42-45 : échanges vifs entre un maire et un élu d'opposition lors du conseil municipal. La – faible – sanction d'un langage provocateur et, pour le moins, manquant d'élégance envers son adversaire politique est dans ce contexte contraire à l'article 10. Voir aussi Cour EDH, 4^e Sect. 2 février 2010, *Kubaszewski c. Pologne*, Req. n° 571/04, § 43 : liberté d'un élu d'opposition d'interroger la majorité municipale sur de possibles malversations dans la gestion des finances locales.

de [leurs] faits et gestes »⁷⁵, ils ne sauraient eux-mêmes échapper à l'invective, aux moqueries, aux caricatures ou à l'expression outrancière⁷⁶, même si le débat politique leur permet de répliquer⁷⁷. Bien que non absolue⁷⁸, une telle tolérance maximale apparaît d'ailleurs presque sans équivalent devant la Cour⁷⁹. À cet égard, et paradoxalement, la « place particulière au sein du débat public »⁸⁰ occupée par le personnage politique semble plus originale dans sa facette négative – le degré de tolérance vis-à-vis de l'expression d'autrui – que dans sa facette positive – la protection de sa liberté d'expression.

Un certain interventionnisme de la Cour dans le déroulement du débat politique est cependant à relever. Loin de laisser totalement libre cours à la concurrence dans le marché des idées, elle admet parfois des correctifs afin de favoriser une délibération démocratique équitable⁸¹. Les juges strasbourgeois se montrent particulièrement sensibles aux « abus de position dominante », notamment dans le débat entre majorité politique au pouvoir et opposition⁸². De la même façon, le principe de l'égalité des armes entre les acteurs du débat politique conduit la Cour à protéger certaines expressions virulentes en principe excessives mais admises en tant que répliques à d'autres propos provocateurs et/ou à des personnages politiques connus pour leurs excès⁸³. Cette forme d'excuse

de provocation, bien que d'une intensité variable⁸⁴, révèle la tendance ferme de la Cour à favoriser « les intérêts de la libre discussion des questions politiques », fût-ce ici au détriment du droit à la protection de la réputation. Une autre forme d'interventionnisme exige « un minimum de modération et de bienséance » dans l'arène politique⁸⁵, ce qui initie une évolution critiquable – mais encore isolée – du libre débat politique car les propos virulents n'incitant pas directement à la violence étaient traditionnellement admis.

2. La violence, obstacle destructeur du débat politique

L'approche éminemment compréhensive de la liberté d'expression des personnages politiques cesse dès l'instant où son exercice s'écarte de sa finalité, le libre débat politique et démocratique, et, plus encore, lorsqu'il tend à porter atteinte à l'existence même de ce débat⁸⁶. Ainsi, le discours politique ne bénéficie plus de la protection conventionnelle s'il incite au recours à la violence, à la résistance armée ou au soulèvement ainsi que, plus généralement, s'il soutient des actions terroristes⁸⁷. À cet égard, la fonction politique du locuteur peut même se retourner contre lui, ses propos ayant une influence potentielle plus grande⁸⁸. Si cette position et son intensité ont varié,

75. Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, § 42 : « Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance ». Pour une application récente, voir Cour EDH, 4^e Sect. 8 octobre 2009, *Brunet Lecomte et Tanant c. France*, Req. n° 12662/06.

76. Voir ainsi Cour EDH, 1^{re} Sect. 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, Req. n° 68354/01 (œuvre artistique pour le moins crue visant notamment un homme politique) ; Cour EDH, 2^e Sect. 20 octobre 2009, *Alves Da Silva c. Portugal*, Req. n° 41665/07 (exposition ambulante d'une caricature ironique d'un maire).

77. Cour EDH, 4^e Sect. 17 juillet 2007, *Sanocki c. Pologne*, Req. n° 28949/03, § 61 : par la « liberté de répondre [aux] critiques », l'homme politique « doit pouvoir présenter son point de vue et se défendre lorsqu'il considère que les publications mettant en cause sa personne sont mensongères et pourraient induire en erreur l'opinion publique sur sa façon d'exercer le pouvoir ».

78. Cour EDH, *Castells c. Espagne*, § 46 : « La liberté de discussion politique ne revêt assurément pas un caractère absolu ». Ainsi, la vie privée du personnage politique est protégée sauf si ce sujet est lié à une question publique (Cour EDH, 2^e Sect. *Éditions Plon c. France*, Req. n° 58148/00, § 44) ou est placé dans l'espace public par l'intéressé lui-même (Cour EDH, 4^e Sect. 18 mars 2008, *Kuliš c. Pologne*, Req. n° 15601/02, § 48). Voir aussi Cour EDH, 5^e Sect. 11 mai 2010, *Fleury c. France*, Req. n° 29784/06 (imputer à un élu un comportement délictueux grave sans preuves suffisantes).

79. Cour EDH, Gde ch. 21 janvier 1999, *Janowski c. Pologne*, Req. n° 25716/94, § 33 : « on ne saurait dire que des fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme c'est le cas des hommes politiques ».

80. A. Guedj, « L'homme public et la presse », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 924 : approche critique de la jurisprudence de la Cour sur ce sujet.

81. Voir C. R. Sunstein, *Democracy...*, p. xviii, qui prescrit cette position aux États-Unis : « There is a large difference between a "marketplace of ideas" – a deregulated economic market – and a system of democratic deliberation ».

82. Cour EDH, *Castells c. Espagne*, § 46 : « Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du Gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique. [...] la position dominante qu'il occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale ».

83. Cour EDH, Pl. 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, Req. n° 11662/85, § 61 : « Les critiques [du journaliste] visaient à attirer l'attention, de manière provocante, sur une suggestion, propre à choquer bien des gens, d'un dirigeant de parti. Un homme politique qui use de pareils termes s'expose à une réaction virulente des journalistes et du public ». Cour EDH, Ch. 25 juin 1997, *Oberschlick c. Autriche (n° 2)*, Req. n° 20834/92, § 34. Pour une critique de cette position, voir S. Peyrou-Pistoulet, « L'extension regrettable de la liberté d'expression à l'insulte », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 35, 1998, p. 589-607.

84. Pour un exemple de rejet de cette excuse, voir Cour EDH, Gde ch. 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, Req. n° 21279/02.

85. *Ibid.*, § 57 : « Quelle que soit la vigueur des luttes politiques, il est légitime de vouloir leur conserver un minimum de modération et de bienséance, ce d'autant plus que la réputation d'un politicien, fût-il controversé, doit bénéficier de la protection garantie par la Convention ». Voir P. Wachsmann, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des Droits de l'homme ? », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 78, 2008, p. 491-511 qui fustige cet arrêt isolé et l'idée d'« assujettir le combat politique à une norme de bon goût », de « l'édulcorer, l'assagir, l'affadir ».

86. Cour EDH, 2^e Sect. 12 novembre 2003, *Parti socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie*, Req. n° 26482/95, § 43 : « Il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même ».

87. Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, § 57 : « l'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays, et cela même quand ils dérangent ». Cour EDH, Gde ch. 25 novembre 1997, *Zana c. Turquie*, Req. n° 18954/91.

88. *Ibid.*, § 60 : propos tenus par l'ancien maire d'une grande ville.

notamment dans le contentieux turc⁸⁹, sa signification est demeurée identique : plus que des limites posées à l'expression politique, c'est une véritable déchéance de ce discours qui, en prônant des moyens foncièrement opposés à la démocratie formelle, sort littéralement du cadre conventionnel. Cette analyse s'inscrit dans une approche libérale de l'expression politique, tournée non pas vers le contenu des propos mais vers les actes que ces derniers sont susceptibles de provoquer directement, et s'identifie au fameux critère de « *clear and present danger* » initié notamment par le juge Oliver Wendell Holmes⁹⁰.

Néanmoins, dans le discours strasbourgeois, ce refus de la violence est souvent associé à la prohibition du « discours de haine »⁹¹. Or, si la Cour souligne la connexion entre discours de haine et incitation à la violence, la seconde pouvant prendre la forme du premier, cela ne suffit pas à dissimuler la profonde différence de logique qui les sépare et qui est d'ailleurs mise en exergue dans la jurisprudence américaine⁹². Alors que l'incitation à la violence vise le lien de causalité directe entre le propos et le risque d'acte violent, le discours de haine ne présente, lui, qu'un lien indirect et plus diffus. Certes, cette césure n'est pas toujours aussi nette⁹³ et la Cour entretient parfois l'ambiguïté⁹⁴. Mais dans ce second cas, ce n'est pas la conséquence du propos litigieux qui est avant tout sanctionnée mais bien son *objet* même. C'est alors sur un tout autre terrain que se placent les juges du Palais des Droits de l'homme.

II. Le terrain glissant de la démocratie substantielle

Les « contraintes auxquelles les discussions publiques sont soumises par les *procédures* » démocratiques et

la question de la « *restriction* thématique des discussions publiques »⁹⁵ reposent sur des modes de justification bien différents, la seconde impliquant la limitation d'un discours contraire à certaines valeurs. Une telle limitation axiologique – qui caractérise peut-être une sorte de modèle européen de la liberté d'expression⁹⁶ – réduit le champ du possible quant au discours des personnages politiques (A). Mais, plus encore que l'intensité de la restriction, sa nature recèle en ce domaine une menace réelle qui, à tout le moins, accroît le grand écart de la Cour entre démocratie formelle et substantielle (B).

A. La limitation axiologique de la liberté d'expression des personnages politiques

La construction d'une démocratie de valeurs (1) entraîne l'exclusion de certains discours et donc la formation d'un « *oratio non grata* » dans le débat politique (2).

1. L'émergence d'une démocratie de valeurs face à la liberté d'expression politique

L'idée d'un refus de certains discours au nom de valeurs doit être précisée, toute décision d'un juge chargé de protéger des droits et libertés étant réductible à un choix dans un conflit de valeurs⁹⁷. De plus, certains objectifs tels que les « discours de haine, d'apologie de la violence ou d'incitation à la violence » sont aussi considérés comme heurtant *in fine* « des valeurs fondamentales de justice et de paix »⁹⁸. Pourtant, dans le contentieux de la liberté d'expression, une série particulière de valeurs se distingue par son origine essentiellement pré-torienne. Alors que la lutte contre la violence est prévue

89. Voir ainsi Cour EDH, *Alinak c. Turquie*, § 35 (parlementaires poursuivis pour des propos séparatistes) et Ü. Kiliç, *La liberté d'expression en Turquie à l'épreuve de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Thèse de droit international, S. Karagiannis (dir.), Université de Strasbourg, 2009, p. 59 sq.

90. *Schenck v. United States*, 249 US 47, 52 (1919). Le juge estimait dans son opinion dissidente que seuls les propos révélant un « danger manifeste et pressant » peuvent être susceptibles de sanction (analyse qui sera ensuite reprise de façon variable par la Cour suprême – *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1951). Sur ce critère, voir notamment E. Barendt, *Freedom of speech*, p. 157 sq. et A. Masson, « De la possible influence d'O. W. Holmes... », p. 236).

91. Cour EDH, *Alinak c. Turquie*, § 35. Voir, cependant, M. Oetheimer, « La Cour européenne des Droits de l'homme face au discours de haine », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 69, 2007, p. 71 sq. qui souligne que ces « arrêts clones » dans les affaires turques ont une approche particulière du couple « haine et violence ».

92. E. Zoller, « La Cour suprême des États-Unis et la liberté d'expression », in *La liberté d'expression...*, p. 272 : en application du critère précité, « pour juger de la réalité du crime [de sédition], il faut s'attacher aux effets produits par les propos, et non à leur contenu. Ce n'est pas le contenu des propos qui importe, mais les conséquences qu'ils produisent, et ces conséquences varient selon les circonstances ».

93. Le discours de haine orienté vers un individu en particulier peut avoir valeur d'incitation à la violence contre ce dernier (Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, § 57 : la Cour « porte attention à la nature des termes employés, notamment à l'intention qu'ils expriment de stigmatiser l'adversaire, et au fait que leur teneur est de nature à attiser la violence et la haine, excédant ainsi ce qui est tolérable dans le débat politique, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier une position extrémiste »), tout comme le discours haineux d'un homme politique qui a dirigé effectivement les émeutes et violences consécutives à ses propos « dans une situation très sensible sur le plan interethnique » (Cour EDH, 2^e Sect. Dec. 11 octobre 2001, *Osmani c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, Req. n° 50841/99). Sur les liens entre discours haineux et incitation à la violence, voir J. Bell, « Pour faire barrage à ceux qui n'ont pas de cœur : expressions racistes et droits des minorités », in *La liberté d'expression...*, p. 67 sq. F. Schauer, « Speech, behaviours, and the interdependence of fact and value », in *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, D. Kretzmer et F. K. Hazan (éd.), The Hague – Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 43-61.

94. Cour EDH, 2^e Sect. 10 octobre 2006, *Halis Dogan c. Turquie* (n° 3), Req. n° 4119/02, § 35 : vise une incitation « plus diffuse et indirecte » à la violence. J.-F. Flauss, « La Cour européenne... », p. 128. Pour un exemple inverse, voir Cour EDH, 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, § 68 (absence d'« un risque actuel » et [d']un danger « imminent » pour la société »).

95. J. Habermas, *Droit et Démocratie...*, p. 338.

96. P. Mbongo, « Démocratie des identités et police des discours », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 78, 2009, p. 418.

97. P. Mbongo, « La Cour européenne des Droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », *Recueil Dalloz*, n° 2, 2008, p. 99 : la Convention « joue un rôle prépondérant en matière d'arbitrage des conflits de valeurs [...] ».

98. Cour EDH, 3^e Sect. 21 février 2008, *Yalçiner c. Turquie*, Req. n° 64116/00, § 44.

en substance parmi les limites de l'article 10 § 2⁹⁹ et évite la suppression de la possibilité même d'un débat démocratique, les impératifs de lutte contre le racisme, l'antisémitisme ou la discrimination se sont, eux, progressivement dégagés dans la jurisprudence européenne¹⁰⁰. Sur ce terrain essentiellement éthique¹⁰¹, la nature réversible du concept de tolérance – couplé à celui de dignité¹⁰² – se révèle d'ailleurs car, de support d'acceptation de tous discours¹⁰³, il devient motif d'exclusion de certains discours eux-mêmes intolérants¹⁰⁴.

Ces valeurs procèdent d'une lecture volontariste de la Cour qui « doit se construire dans la (relative) absence de repères internationaux et de textes »¹⁰⁵ et qui puise donc dans diverses sources extraconventionnelles¹⁰⁶. Elle définit ainsi des discours prohibés moins par leurs effets que par leur contenu et avec lesquels il existe une antinomie de principe et de substance avec la « démocratie de valeurs ». Naturellement, isoler la nature axiologique de ces limitations de la liberté d'expression fragilise cette justification. La Cour ne s'y trompe pas. Elle cherche à étayer sa position en allant au-delà du rappel des « valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme »¹⁰⁷ et en dégagant, *via* la notion de droit d'autrui, un véritable droit subjectif à la protection contre le racisme et la discrimination¹⁰⁸. L'une des autres caractéristiques de cette position, la prise en compte prioritaire de l'objet et du but du discours au détriment de la qualité du locuteur¹⁰⁹, affecte directement le personnage politique.

2. Le refus du discours extrême du personnage politique

La prohibition axiologique des discours racistes ou discriminatoires n'est pas affectée par la protection privilégiée accordée à la liberté d'expression politique, en particulier celle des personnages politiques. La Commission européenne des Droits de l'homme avait initié ce mouvement en excluant que l'appel à la discrimination raciale de responsables et candidats d'un parti politique¹¹⁰ bénéficie de la protection de l'article 10, solution confirmée bien plus tard au sujet de l'exposition d'un drapeau islamophobe par un dirigeant local du British National Party, classé à l'extrême droite¹¹¹. Cette posture qui ignorait la spécificité du discours politique – relativement compréhensible s'agissant d'une décision antérieure à l'arrêt *Lingens* de 1986 mais plus surprenante pour la décision *Norwood* de 2004 qui est muette à ce sujet – ne semblait pas avoir été reprise aussi abruptement par la Cour. Nonobstant les spécificités du contentieux turc, celle-ci tint ainsi compte, dans ce cadre, de la qualité du locuteur pour lui faire bénéficier du halo protecteur de la liberté d'expression politique¹¹².

Ceci met particulièrement en relief l'importance de deux arrêts récents, rendus le même jour mais par deux formations différentes, qui révèlent une impulsion nouvelle dans la politique jurisprudentielle strasbourgeoise relative à la liberté d'expression des personnages politiques¹¹³. Dans l'affaire *Féret*, le président du Front National

99. Protection de « la sûreté publique, [...] la défense de l'ordre et [...] la prévention du crime ».

100. Le principe de non-discrimination trouve une assise conventionnelle *via* l'article 14 et a été importé dans le champ de l'article 10 par une interprétation systématique de la Convention.

101. R. Errera, « Sur les justes limites de la liberté d'expression », *Esprit*, n° 12, 1990, p. 82 *sq.* et Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), *L'utilisation d'éléments racistes, antisémites et xénophobes dans le discours raciste*, 2001 : « de tels discours sont éthiquement inacceptables ».

102. Cour EDH, 1^{re} Sect. 4 décembre 2003, *Gündüz c. Turquie*, Req. n° 35071/97, § 40 : « la tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste ».

103. Voir *supra* I. B. G. Haarscher, « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », *Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit*, n° 2007/1 (www.philodroit.be, consulté le 30 janvier 2010) : « "tolérer", c'est désapprouver des idées [...] et manifester la volonté de ne pas les supprimer ».

104. Cour EDH, *Erbakan c. Turquie*, § 56 : « en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance ».

105. F. Tulkens, « Liberté d'expression et racisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme », in *Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression*, Actes du séminaire d'experts des 16 et 17 novembre 2006, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, p. 63, consulté le 30 janvier 2010 : www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/22-freedom_of_expression_Seminar_2006/NSBR2006_proceedings_fr.pdf.

106. Notamment les travaux de l'ECRI, du Comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou des conventions internationales (article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965).

107. F. Tulkens, « Liberté d'expression et racisme... », p. 63.

108. Voir *infra* et G. Haarscher, « Liberté d'expression, blasphème, racisme... », p. 21 : « La notion de "discours raciste" est absente de la liste des buts légitimes. Il fallait donc la "traduire". Elle est devenue l'atteinte aux droits ou à la réputation d'autrui ».

109. Cour EDH, Gde ch. 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, Req. n° 15890/89, § 31 : « la Cour devra apprécier l'importante question de savoir si le sujet en cause, considéré dans son ensemble, paraissait d'un point de vue objectif avoir pour but la propagation d'idées et opinions racistes ».

110. Commission EDH, Dec. 11 octobre 1979, *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, Req. n° 8348/78 et 8406/78 (la possession de tracts appelant à la discrimination raciale et leurs candidatures à des élections « sont [jugées] contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention » et constituent un abus de droit, article 17).

111. Cour EDH, Dec. 16 novembre 2004, *Norwood c. Royaume-Uni*, Req. n° 23131/03. L'acte litigieux est aussi qualifié d'abus de droit (« *Such a general, vehement attack against a religious group, linking the group as a whole with a grave act of terrorism, is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination* »).

112. Cour EDH, 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, § 65 à 70 : la lourde sanction du discours d'un « homme politique notoire » jugé par les juridictions turques « comme incitant à la haine et à l'hostilité sur la base d'une discrimination fondée sur la race » – même si la Cour doute de cette affirmation – est contraire à l'article 10 du fait de son caractère dissuasif notamment à la lueur du « libre jeu du débat politique ».

113. Cour EDH, 2^e Sect. 16 juillet 2009, *Féret c. Belgique*, Req. n° 15615/07 et Cour EDH, 5^e Sect. 16 juillet 2009, *Willem c. France*, Req. n° 10883/05. Obs. J.-F. Flauss, *L'Actualité juridique droit administratif*, n° 35, 2009, p. 1944-1945.

belge – classé lui aussi à l'extrême droite –, par ailleurs député mais dont l'immunité parlementaire fut levée à cette occasion, fit l'objet d'une condamnation à des travaux d'intérêt général et à une inéligibilité de dix ans pour « incitation publique à la discrimination ou à la haine » raciale *via* la distribution et la publication de tracts ainsi que d'autres affiches fustigeant violemment l'immigration et appelant à une politique de « préférence nationale ». Dans un autre registre, l'affaire *Willem* concernait la condamnation pour provocation à la discrimination d'un maire qui avait annoncé son intention de « boycotter des produits israéliens sur le territoire de sa commune » en signe de protestation contre les actions militaires du Gouvernement d'Ariel Sharon dans le conflit israélo-palestinien. Certes, la Cour refuse dans l'affaire *Féret* – mais de façon lapidaire et floue – l'usage de l'article 17 préconisé par la Commission en ces circonstances¹¹⁴. Certes, également, le régime préférentiel accordé à la liberté d'expression des personnages politiques est formellement rappelé¹¹⁵. Pour autant, le schéma d'une limitation axiologique fondée sur la prohibition de la haine raciale et de la discrimination qui annihile cette protection préférentielle apparaît clairement et dange-reusement affirmé.

B. La lutte strasbourgeoise contre la haine raciale et la discrimination dans le discours des personnages politiques : un enfer pavé de bonnes intentions ?

Le volontarisme antiraciste et antidiscrimination de la Cour emporte une profonde évolution (1) qui, par les

perspectives qu'elle révèle, n'est pas sans susciter l'inquiétude (2).

1. Le renversement des priorités

Si des malfaçons sont incontestables dans les deux arrêts de 2009¹¹⁶, leur analyse n'en demeure pas moins révélatrice de l'inconfort dans lequel leurs solutions placent la Cour. En effet, deux démarches contradictoires sous-tendent le raisonnement. D'une part, le souhait de « dépolitiser » artificiellement l'expression litigieuse afin de la soustraire au régime protecteur du discours politique¹¹⁷. D'autre part, l'affirmation de ce que certains discours, fussent-ils tenus par des personnages politiques, ne bénéficient plus de la protection conventionnelle en raison de leur objet discriminatoire ou raciste¹¹⁸. En ce sens d'ailleurs, la logique exclusive de l'article 17 semble s'être substantiellement déplacée sur le terrain de l'article 10, ce qui expliquerait d'ailleurs le flou entretenu à ce sujet par la Cour. En tout état de cause, la première approche contredit la tendance jurisprudentielle traditionnellement généreuse dans la qualification de propos comme politiques. La seconde confirmerait une inversion réelle dans la hiérarchie des priorités définie par les juges de Strasbourg, comme en témoigne l'évolution subséquente de la perception du rôle de personnage politique.

D'acteur majeur de l'espace politique pouvant heurter, choquer ou inquiéter par son expression, il est désormais perçu comme un exemple astreint à la modération compte tenu de l'impact de ses propos¹¹⁹. À cet égard, l'échelle de l'intensité de la protection selon les différentes figures de personnages politiques semble renversée de façon spectaculaire, la qualité d' élu¹²⁰ et de candidat¹²¹ devenant plus fautive que justificative¹²² sur le terrain du

114. Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 52 et 82.

115. *Ibid.*, § 44-47, 63, 65 et 72 ; Cour EDH, *Willem c. France*, § 21-22.

116. Voir ainsi J.-F. Flauss, Obs. sur l'arrêt *Willem c. France*, *L'Actualité juridique droit administratif*, p. 1944 : « La Cour pèche par manque de discernement, de motivation, en un mot, de rigueur juridique ».

117. Cour EDH, *Willem c. France*, § 35 : « le requérant n'a pas été condamné pour ses opinions politiques mais pour une incitation à un acte discriminatoire [...] le requérant ne s'est pas contenté de dénoncer la politique menée à l'époque par Ariel Sharon, mais il est allé plus loin, en annonçant un boycott sur les produits alimentaires israéliens » (*ibid.*, § 38) ; Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 70 : « Pour condamner le requérant, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur le programme politique du parti dont le requérant est président mais sur un certain nombre des tracts et dessins distribués lors de la campagne électorale » (affirmation admise par la Cour).

118. Cour EDH, *Willem c. France*, § 38 : « le requérant a appelé les services municipaux à un acte positif de discrimination [...] Ce faisant, [...], [il] ne peut soutenir avoir favorisé la libre discussion sur un sujet d'intérêt général. » Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 77 : « les partis politiques ont le droit de défendre leurs opinions en public, même si certaines d'entre elles heurtent, choquent ou inquiètent une partie de la population. Ils peuvent donc prôner des solutions aux problèmes liés à l'immigration. Toutefois, ils doivent éviter de le faire en préconisant la discrimination raciale et en recourant à des propos ou des attitudes vexatoires ou humiliantes ».

119. Cour EDH, *Féret c. Belgique* : « Les politiciens devraient être particulièrement attentifs, en termes de défense de la démocratie et de ses principes, car leur objectif ultime est la prise même du pouvoir » (§ 75). « Un tel discours [caricaturant grossièrement la population immigrée en Belgique] est inévitablement de nature à susciter parmi le public, et particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet voire, pour certains, de haine à l'égard des étrangers » (§ 69).

120. Cour EDH, *Willem c. France*, § 37 : « en sa qualité de maire, le requérant avait des devoirs et des responsabilités. Il se doit, notamment, de conserver une certaine neutralité et dispose d'un devoir de réserve dans ses actes lorsque ceux-ci engagent la collectivité territoriale qu'il représente dans son ensemble. [...] un maire gère les fonds publics de la commune et ne doit pas inciter à les dépenser selon une logique discriminatoire ». Voir, cependant, le même raisonnement pour l'imputation par un élu à un autre de faits graves et erronés (Cour EDH, 11 mai 2010, *Fleury c. France*).

121. Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 76 : « Si, dans un contexte électoral, les partis politiques doivent bénéficier d'une large liberté d'expression afin de tenter de convaincre leurs électeurs ; en cas de discours raciste ou xénophobe, un tel contexte contribue à attiser la haine et l'intolérance car, par la force des choses, les positions des candidats à l'élection tendent à devenir plus figées et les slogans ou formules stéréotypées en viennent à prendre le dessus sur les arguments raisonnables. L'impact d'un discours raciste et xénophobe devient alors plus grand et plus dommageable ».

122. Voir Opinion dissidente du juge Sajó ralliée par les juges Zagrebelsky et Tsotsoria sous Cour EDH, *Féret c. Belgique* : « Les propos des politiciens, pièces maîtresses de la liberté d'expression à une certaine époque [...], doivent être autocensurés en raison des responsabilités qui incombent aux politiciens à cet égard. » Voir aussi A.-M. Le Pourhiet, « La liberté et la démocratie menacées », in *La Liberté de critique*, D. Corrigan-Carsin (dir.), Paris, Litec, 2007, p. 118-119 (l'auteur fustige vertement cette inversion par les juges du fond dans l'affaire d'un parlementaire français poursuivi pour des propos

discours raciste ou discriminatoire. La Cour tente de faire reposer son analyse sur les finalités, moins contestables, de protection d'un individu – mais ici collectif et abstrait¹²³ – ou de lutte contre la violence – sous la forme bien plus floue de « climat de violence »¹²⁴ –, sans véritablement dissimuler la finalité véritable de protection d'une démocratie de valeurs. Bien sûr, il est difficile de ne pas adhérer sans réserve aux deux prémisses du raisonnement de la Cour qui, pour la première, condamne fermement le racisme et la discrimination sur le terrain des valeurs et, pour la seconde, souligne que les personnages politiques ont une responsabilité particulière pour lutter contre ces idées dans le débat public. Néanmoins, la solidité et la cohérence interne du raisonnement syllogistique qui additionne une posture axiologique et une règle déontologique sont contestables, tout comme le changement profond de logique qu'il emporte en particulier pour la liberté d'expression des personnages politiques.

2. De la démocratie formelle à la démocratie substantielle : les dangers du concept de « discours dangereux »

Dans un domaine particulier de l'expression – le racisme et la discrimination –, les exigences et finalités de la démocratie substantielle ou de valeurs tendent à supplanter celles de la démocratie formelle. Élargissant une « démocratie de combat » auparavant limitée aux situations où un danger direct et immédiat pèse sur la

démocratie, la Cour admet ici, par le jeu des valeurs, un lien plus diffus entre un discours et son potentiel menaçant¹²⁵. Ce renversement est d'autant plus remarquable qu'il affecte la liberté d'expression privilégiée du personnage politique jusque dans le cœur du débat politique qu'est l'espace électoral. La logique de proportionnalité semble même réduite à portion congrue, l'importance avérée d'une sanction ou les conséquences très limitées des propos sanctionnés n'ayant pas d'incidence¹²⁶. Certes, les bases du régime traditionnel sont rappelées au frontispice des arrêts¹²⁷ mais l'interventionnisme de la Cour apparaît plus prononcé tant sur les personnages politiques¹²⁸ que sur le débat politique dans son ensemble¹²⁹ voire, par une logique autoprotectrice, sur les destinataires du discours¹³⁰. L'idée quelque peu infantilisante de « liberté d'expression irresponsable »¹³¹ s'oppose donc clairement à la démocratie formelle caractérisée par « la méthode démocratique discursive [...] de la gestion des conflits d'idéaux »¹³² qui admet, elle, les discours qui heurtent ou choquent.

Plus qu'une véritable création, c'est une extension de l'étendue et de la portée de la notion de « discours dangereux »¹³³ à laquelle la Cour procède ici. Le juge strasbourgeois prend en compte des dangers d'une autre nature – la diffusion d'idées racistes ou discriminatoires –, ce qui le conduit à quitter sa prudente posture ouverte de garant d'un libre jeu politique toujours plus large à celle, fermée, de censeur de certaines idées de ce débat politique, fussent-elles particulièrement abjectes. Il n'est pas

homophobes). Si cette position n'est pas inédite (Cour EDH, *Erbakan c. Turquie*, § 64 : « il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance »), elle est influencée par certaines sources (en ce sens, J.-F. Flauss, Obs. sur l'arrêt *Willem c. France*, p. 1945) : Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 12 février 2004, *Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias* ; ECRI, *Lutter contre le racisme...*, où de nombreux intervenants soulignent que le discours des « élites symboliques », dont en particulier les personnages politiques, joue un rôle important dans la diffusion du racisme dans l'espace public (M. Head, « Principales observations et conclusions du Rapporteur », p. 8-9). Les écrits extrajudiciaires de la juge Tulkens, présidente de Section dans l'affaire *Féret*, annonçaient d'ailleurs la solution de 2009 (F. Tulkens, « Liberté d'expression et racisme... », p. 67).

123. Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 78 : « protéger l'ordre public et les droits d'autrui, c'est-à-dire ceux de la communauté immigrée ».

124. *Ibid.*, § 73 : « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ni à un autre acte délictueux » ; un lien quasi irrefragable entre discours raciste et violence apparaît car « les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques ».

125. Opinion dissidente du juge Sajó : « un impact *potentiel* sur les droits d'autrui ne suffit pas pour restreindre un droit de l'homme ».

126. Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 80 : la sanction de dix ans d'inéligibilité n'est pas jugée disproportionnée alors que la Cour énonce qu'elle « pourrait poser problème au regard de sa longueur » mais n'explique ensuite guère pourquoi ceci est en l'espèce justifié ; Cour EDH, *Willem c. France*, § 38 où est relevée une « démarche discriminatoire [qui est], de ce fait, condamnable » quelles que soient ses conséquences – en l'espèce quasi nulles.

127. Voir, en particulier, Cour EDH, *Willem c. France*, § 31-33.

128. J.-F. Flauss, Obs. sur l'arrêt *Willem c. France*, p. 1945 : « la Cour assujettit les hommes politiques à une obligation de réserve, ou du moins de déférence ».

129. *Ibid.*, p. 883 sq. : « Dans le domaine de la politique d'immigration, le discours politique doit demeurer dans les limites du "politiquement correct", défini plus ou moins discrétionnairement par la Cour européenne en fonction des "tendances" contemporaines qu'elle identifie ». La Cour admet la sanction de certains modes d'expression – appel au boycott et propos fortement anti-immigrés – au nom de leurs effets néfastes sur le débat politique et/ou électoral : Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 76 ; Cour EDH, *Willem c. France*, § 38. Voir ainsi récemment Cour EDH, 5^e Sect. Dec. 20 avril 2010, *Jean-Marie Le Pen c. France*, Req. n° 18788/09, où trois forts motifs de protection privilégiée des propos litigieux – un discours politique, tenu par un élu ou assimilé, au sujet d'un débat d'intérêt général – sont neutralisés dans le raisonnement une fois constaté que lesdits propos, relatifs à l'immigration, se situaient sur le terrain de la discrimination et « étaient susceptibles de susciter un sentiment de rejet et d'hostilité envers la communauté visée ».

130. Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 76 : « Un tel discours est inévitablement de nature à susciter parmi le public, et particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet voire, pour certains, de haine à l'égard des étrangers ». *Contra* Opinion dissidente du juge Sajó : « L'arrêt (s'éloignant ainsi de ses propres conceptions en matière de discours politique) juge des êtres humains et toute une couche sociale de "nigauds" incapables de répondre aux arguments et aux contre-arguments en raison de la pulsion irrésistible de leurs émotions irrationnelles ».

131. Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 73.

132. F. Jacquemot, *Le Standard européen...*, p. 285-286.

133. Opinion dissidente du juge Sajó. La prohibition du discours négationniste, évidemment sous-tendu par le racisme et l'antisémitisme mais visant aussi à la véracité historique, repose sur une idée similaire (Cour EDH, 4^e Sect. Dec. 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, Req. n° 65831/01 : « La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme »).

sûr qu'il s'agisse d'une position confortable tant « l'idée que certains propos vont à l'encontre de l'esprit de la Convention »¹³⁴ crée « le risque de considérer comme démocratique un despotisme éclairé qui respecterait les droits fondamentaux »¹³⁵. Et si l'on ne peut dénier à la Cour toute légitimité pour fixer ces valeurs car son office est indissolublement lié à cette tâche, force est cependant de constater que le contexte du débat politique met particulièrement en relief l'opposition entre son appréciation subjective et les libres choix ou débats démocratiques. Face à ce problème très délicat¹³⁶, l'affirmation d'une sphère privilégiée du débat politique évitait un tel conflit de légitimité¹³⁷. À l'inverse, donc, sa suppression place la juridiction strasbourgeoise en première ligne.

Le régime juridique de la liberté d'expression des personnages politiques devant la Cour européenne des Droits de l'homme est désormais dualiste. D'une part, les principes libéraux sous-tendus par la démocratie formelle continuent de conférer une protection spécifique à ce locuteur privilégié. D'autre part, sur le terrain du racisme et de la discrimination, le discours politique perd le bénéfice de ce privilège au nom de la démocratie substantielle, et se trouve même astreint, par un renversement complet de perspectives, à une responsabilité supplémentaire même dans des moments auparavant considérés comme particulièrement libres¹³⁸. Inévitablement se pose la question des frontières entre ces deux approches radicalement contradictoires et de l'inévitable « pente glissante »¹³⁹ de l'une vers l'autre. Certes, faire un procès d'intention à la Cour serait ignorer la solidité des principes jurisprudentiels protecteurs de la liberté d'expression

et faire fi de la lucidité de ses juges, même si un dérapage étonnamment similaire avait déjà eu lieu entre liberté d'expression et religion¹⁴⁰. Pourtant, leur vigilance pourrait être aisément trompée et dépassée par la mécanique du raisonnement ainsi créé¹⁴¹, ne serait-ce qu'en raison de l'indétermination du contenu de ces valeurs à protéger et de leur forte puissance rhétorique.

Les idées racistes portées par le discours politique bénéficient aujourd'hui d'un regrettable et menaçant regain de vigueur sur le continent européen¹⁴². Mais ostraciser juridiquement du débat politique les discours, en particulier ceux des personnages politiques, qui véhiculent ces idées – hors incitation directe à la violence – semble contre-productif et facteur d'« asthénie de la société démocratique »¹⁴³. Plus encore, à l'inverse de ce qu'affirme la Cour, l'exclusion de certains discours – toujours contestable sur le terrain de la subjectivité et de la légitimité du juge – risque de bien plus « saper la confiance en les institutions démocratiques »¹⁴⁴ que leur admission dans le but de les combattre dans l'arène politique. En adoptant une ligne de conduite prônée depuis longtemps par diverses institutions internationales, la Cour donne en effet le sentiment d'être tombée dans le piège tendu par l'intolérance elle-même et d'avoir renié le cœur même de l'ouverture démocratique. Les juges du Palais des Droits de l'homme ne doivent pas oublier le paradoxe de la démocratie, « seul régime qui affronte ouvertement la possibilité de son autodestruction »¹⁴⁵ et qui trouve dans son ouverture sa force autant que sa faiblesse. Or, à trop vouloir protéger, le risque – bien connu¹⁴⁶ – est d'en venir à étouffer l'objet même de la protection.

134. Opinion dissidente du juge Sajó.

135. Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 399.

136. W. Sadurski, *Freedom of Speech and Its Limits*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 217-218 : « This is perhaps the most serious challenge to liberal orthodoxy which has prevailed in the West with respect to the philosophy of freedom of expression ».

137. Voir E. Barendt, *Freedom of speech*, p. 156 sq. : « Political speech is immune from restriction because it is a dialogue between members of the electorate and between governors and governed ». Sur la légitimité d'un juge pour fixer des valeurs morales, voir C. Perelman, *Éthique et Droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 379 sq.

138. Cour EDH, *Bowman c. Royaume-Uni*, § 42 : « il est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement », nous soulignons.

139. L'argument du *slippery slope* est fréquemment utilisé notamment aux États-Unis pour indiquer qu'une limitation de la liberté d'expression, en particulier politique, crée toujours le risque de son extension mécanique à d'autres domaines, surtout si le motif de limitation est large.

140. Cour EDH, Ch. 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, Req. n° 13470/87. Certains aspects du raisonnement et critiques sont comparables (voir P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des Droits de l'homme », *Revue universelle des Droits de l'homme*, vol. 6, n° 12, 1994, p. 441-449 (447) : critique du fait de « placer [les citoyens] dans un milieu idéologique "aseptisé" »).

141. Les virtualités de l'arrêt *Willem c. France* interrogent : « Est-il désormais, plus généralement interdit à toute personne résidant en France (ou dans un pays européen disposant d'une législation comparable) de lancer un appel au boycott contre les produits en provenance de pays méconnaissant les libertés (Libye, Iran, Ouzbékistan, Chine, Zimbabwe...) ? » J.-F. Flauss, *Obs. sur l'arrêt Willem c. France*, p. 1944.

142. Voir notamment l'actualité récente en Belgique, en France, en Italie, au Royaume-Uni, en Suisse, en Italie.

143. Y. Lécuyer, *Les droits politiques...*, p. 201.

144. Cour EDH, *Féret c. Belgique*, § 77.

145. C. Castoriadis cité par P. Lambert, « Racisme et liberté d'expression dans la Convention européenne des Droits de l'homme », in *Mélanges Ryssdal*, P. Mahoney et al. (éd.), Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 738.

146. Voir les enjeux – théoriquement proches – de la lutte contre le terrorisme dont, notamment, le conflit entre la liberté d'expression et l'apologie du terrorisme (Cour EDH, 5^e Sect. 2 octobre 2008, *Leroy c. France*, Req. n° 36109/03 : caricature de presse sur les attentats du 11 septembre 2001. Obs. F. Sudre, *Juriclasser périodique G*, n° 3, 2009, I 104, n° 15 ; E. Derieux, « Apologie du terrorisme : du difficile équilibre des droits et des libertés », *Légitimité*, n° 258, 2009, p. 6-11 ; B. Nicaud, « La Cour européenne des Droits de l'homme face à la caricature de presse », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 80, 2009, p. 1109-1119).