

Mandats du Groupe de travail sur la détention arbitraire ; de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable ; du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ; du Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme ; et du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte antiterroriste

REFERENCE: OL
FRA 1/2015:

3 février 2015

Excellence,

Nous avons l'honneur de nous adresser à vous en nos qualités de Président-Rapporteur du Groupe de travail sur la détention arbitraire ; d'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable; de Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ; de Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme ; et de Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte antiterroriste conformément aux résolutions 24/7, 27/9, 25/2, 25/18, et 22/8 du Conseil des droits de l'homme.

A cet égard, nous souhaiterions attirer l'attention du Gouvernement de votre Excellence sur les allégations suivantes.

Selon les informations reçues :

Suite aux attaques terroristes du 7, 8 et 9 janvier 2015, et aux importantes manifestations qui, par la suite, ont eu lieu à Paris, ainsi que dans d'autres villes de France pour rendre hommage aux victimes et défendre la liberté d'expression, le Gouvernement français a annoncé l'adoption prochaine de mesures exceptionnelles dans la lutte contre le terrorisme, venant compléter la Loi n° 2014-1353 adoptée par le Parlement le 13 novembre 2014.

La Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme:

Cette loi a été adoptée par le Parlement le 13 novembre 2014, apparemment en vertu d'une procédure accélérée.

L'article 1 de la loi, prévoit l'interdiction, pour tout ressortissant français, de sortie du territoire « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette 1) des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2) ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de les conduire à porter atteinte à la sécurité publique à leur retour sur le territoire français ». La violation de cette interdiction serait punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

L'article 2 permet l'application d'une interdiction administrative du territoire à tout ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, ou tout membre de la famille d'une telle personne, lorsque sa présence en France constituerait, en raison de son comportement personnel, du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publique, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société.

Pour ce qui est de l'article 5, la loi transfère de la loi sur la presse (du 29 juillet 1881, modifié par la suite) au Code Pénal, les crimes de « provocation directe à des actes de terrorisme » et d'« apologie du terrorisme ». En effet, elle introduit le nouvel article 421-2-5 dans le code pénal, qui punit ces actes par une peine d'emprisonnement à cinq ans et de 75 000 € d'amende. Les peines seraient portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende, lorsque les faits seraient commis en utilisant un service de communication au public en ligne.

L'article 6, considère, entre autre, comme un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions prévues par la loi à cet effet, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur lorsqu'elle est caractérisée par la « [consultation habituelle] d'un ou de plusieurs services de communication au public en ligne, ou [la détention] des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie » ; ainsi que par le fait d' « avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ».

L'article 12, permet à l'autorité administrative d'exiger le retrait de contenus accessibles sur internet, qui contreviendraient aux dispositions de l'article 421-2-5, sans garantie de contrôle judiciaire sur de telles décisions.

La circulaire 2015/0213/A13, du 12 janvier 2015:

Après une première circulaire datée du 5 décembre 2014 de présentation de la loi n° 2014-1353 (NOR : JUSD1429083C), la garde des Sceaux, ministre de la justice a adressé aux procureurs une deuxième circulaire, datée du 12 janvier 2015

(2015/0213/A13). Par voie de celle-ci, la ministre a invoqué, entre autres, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lesquelles la liberté d'expression peut être limitée par la loi, mais omet de faire référence aux obligations de l'Etat français en vertu des traités internationaux en matière de droits de l'homme qu'elle a ratifiés, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La circulaire explique dans son annexe que « [l]'apologie consiste à présenter ou commenter des actes de terrorisme portant sur eux un jugement favorable », ajoutant que « la condition de publicité est exigée pour caractériser l'infraction ».

La circulaire indique également que « la provocation doit être une incitation directe, non seulement par son esprit mais également par ses termes, à commettre des faits matériellement déterminés. » Dans ce cas, le critère de publicité n'est pas exigé. Elle précise enfin que l'article 227-4 du Code Pénal réprime le fait « soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, un message à caractère violent, incitant au terrorisme [...] ».

La circulaire signale en particulier que dans les cas d'infractions à caractère discriminatoire ou motivées par l'origine, l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, ainsi que les infractions de provocation au terrorisme et d'apologie du terrorisme, « [i]l importe que les parquets [...] fassent preuve d'une grande réactivité dans la conduite de l'action publique envers les auteurs de ce type d'infractions [...] » afin d'assurer « [...] qu'une réponse pénale systématique, adaptée et individualisée soit donnée à chacun de ces actes ».

Mise en œuvre des dispositions légales sur les infractions de « provocation » et « apologie » du terrorisme, suite aux attentats commis à Paris en janvier 2015:

Depuis le 12 janvier 2015, date d'émission de la deuxième circulaire, de nombreuses personnes auraient été arrêtées, placées en garde à vue, interrogées, et/ou inculpées, jugées et condamnées à diverses peines de prison, ferme ou avec sursis, pour avoir proféré, oralement ou par écrit, en privé ou en public, y compris sur Internet, des propos jugés incompatibles avec la loi 2014-1353. Plusieurs de ces poursuites auraient été jugées en comparution immédiate. Plusieurs mineurs seraient impliqués dans ces poursuites.

Dès le 14 janvier, une cinquantaine de poursuites pénales pour apologie du terrorisme étaient signalées par des associations de défense des droits de l'homme. Le 21 janvier, le Ministère de la justice indiquait que 77 procédures pour apologie du terrorisme auraient été ouvertes depuis l'attaque du 7 janvier. Au total, près de 300 poursuites auraient été recensées, jusqu'à présent, dans le cadre de la mise en œuvre de la loi 2014-1353.

Parmi les cas recensés, par exemple, figurerait celui d'un comédien et satiriste, qui aurait été arrêté le 14 janvier 2015, placé en garde à vue pour une journée, aux fins d'un interrogatoire de police, avant d'être relaxé. Une enquête aurait été ouverte par le parquet de Paris à son encontre pour avoir publié sur sa page Facebook, qu'après avoir participé à la grande marche du 11 janvier 2015, il se sentait « Charlie Coulibaly ». L'humoriste expliqua la teneur de ce propos dans une lettre ouverte adressée au Ministre de l'intérieur. Il risquerait 7 ans de prison et 100,000 euros d'amende. Il devrait passer en jugement le 4 février 2015.

Le même jour, dans l'Isère, une peine de six mois ferme de prison, prétendument pour apologie de terrorisme, aurait été prononcée contre un homme qui aurait un handicap mental et qui aurait déclaré, entre autres propos, "Ils ont tué 'Charlie' et moi, j'ai bien rigolé".

Le 15 janvier à Paris, un homme aurait été condamné à quatorze mois de prison ferme, pour, entre autres, apologie du terrorisme, pour avoir insulté des policiers et pour avoir proféré en état d'ivresse « Je n'ai qu'une chose dans la vie, c'est de faire le djihad (...) de buter des flics ». Cette personne aurait présenté des excuses lors de son audience.

A Vincennes, le 15 janvier, un ressortissant étranger, aurait été condamné en comparution immédiate à quinze mois de prison ferme, et interdiction du territoire, pour apologie du terrorisme, pour avoir, lors de son arrestation pour défaut de papiers, insulté des policiers et aurait dit « les frères Kouachi et Coulibali ont eu raison. Ce sont des gentils. Je suis un terroriste (...) je vais mettre une bombe sur les Champs-Élysées ». Il aurait également insulté une médecin chargée de l'examiner et aurait dit, en allemand, "Tu as les yeux bleus, tu es juive. Hitler n'a pas fini le travail. Je reconnâtrai ton visage, je reviendrai te tuer". Cet homme aurait ensuite regretté son comportement violent qu'il aurait expliqué par l'effet de la prise de médicaments.

Le 16 janvier, à Nantes, un lycéen de 16 ans, aurait été placé en garde à vue et déféré devant un juge pour enfants pour apologie de terrorisme pour avoir repris sur sa page Facebook une couverture de Charlie Hebdo parue en 2013 en en modifiant la légende.

Le 19 janvier, un autre adolescent de 16 ans aurait été mis en examen, prétendument pour apologie du terrorisme, pour s'être identifié à l'un des auteurs présumés de la fusillade contre Charlie Hebdo.

Le 19 janvier, un homme qui avait été arrêté pour conduite en état d'ivresse suite à un accident de voiture, aurait été condamné à quatre ans de prison, y compris pour apologie du terrorisme, pour avoir crié aux policiers « Il devrait y en avoir plus de Kouachi. J'espère que vous serez les prochains ».

Le 19 janvier, à Nantes, lors d'un contrôle des titres de transport dans le tramway, une adolescente de 14 ans aurait déclaré « on est les sœurs Kouachi » et menacé les contrôleurs de « sortir les kalachnikovs ». Elle aurait été mise en examen par un juge des enfants pour apologie du terrorisme. Une « mesure de réparation » pénale aurait été prononcée à l'encontre de cette adolescente non scolarisée.

Le 19 janvier, dans un lycée à Poitiers, un professeur de philosophie aurait été mis à pied pendant quatre mois, après avoir été accusé d'avoir tenu des jugés « déplacés » au cours d'un débat en classe de terminale sur les événements du 7 janvier. Le rectorat aurait saisi le Parquet qui a ouvert une information judiciaire pour « apologie d'actes de terrorisme ».

Le 21 janvier, à Nice, un enfant de huit ans aurait été convoqué par la police en audition ordinaire après avoir fait l'objet d'une plainte, déposée par le chef de son établissement scolaire, suite aux propos qu'il aurait tenu en classe. L'enfant aurait déclaré : « Il faut tuer les Français », « Je suis du côté des terroristes », « Les journalistes ont mérité leur sort ». Il aurait également refusé d'observer une minute de silence organisée en hommage aux victimes.

Nous nous associons à la condamnation des attaques qui ont frappé « Charlie Hebdo » et plusieurs personnes en France le 7, le 8 et le 9 janvier 2015. Aucun propos, même haineux ne peut justifier l'usage de la violence. Nous exprimons également notre profonde solidarité avec les victimes des attentats et leurs familles.

Par ailleurs, nous saluons les messages de soutien en faveur du droit à la liberté d'expression des plus hautes autorités de l'Etat, qui ont invoqué la fermeté dans l'application de la loi contre la discrimination, l'incitation à la haine et la violence pour des motifs d'ordre racial, national ou religieux.

Si les Etats ont le droit et le devoir de protéger les personnes, qu'elles soient ou non leurs ressortissants, contre tout acte de violence, y compris des actes « terroristes », et de prendre des mesures efficaces contre ces derniers, ils ont également le devoir de le faire dans le respect des obligations internationales qui leur incombent en vertu de leurs engagements internationaux en matière de droits de l'homme, et sans entraver les activités et la sécurité des individus, des groupes et des organes de la société qui œuvrent à la promotion et à la défense des droits de l'homme. Les actes « terroristes » sont aujourd'hui de nature transnationale et touchent tous les pays du monde, avec des effets délétères sur l'ordre international. A cet égard, nous rappelons l'engagement des mécanismes des Nations Unies, auprès des Etats, pour les accompagner dans ces démarches.

En vertu des mandats qui nous ont été confiés, nous rappelons au Gouvernement de Votre Excellence les obligations de la France en vertu du Pacte Internationale relatif aux droits civils et politiques (ci-après le Pacte), ratifié le 4 novembre 1980, notamment les articles 4 (mesures dérogatoires permises en période de troubles), 9 (liberté et sécurité de la personne), 12 (liberté de mouvement), 14 (égalité devant les tribunaux, droit à un

jugement équitable, et à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense), 15 (principe de légalité), 17 (protection de la vie privée), 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 19 (liberté d'opinion et d'expression), 22 (liberté d'association), 24 (protection des mineurs) et 26 (égalité devant la loi, égalité des droits, non-discrimination) ainsi que la jurisprudence pertinente du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

A cet égard nous souhaitons exprimer notre sérieuse inquiétude en ce qui concerne les articles 1, 2, 5, 6 et 12 de la loi 2014-1353, et plus particulièrement à l'égard de l'article 5, et leur application depuis la circulaire ministérielle du 12 janvier 2015.

Nous condamnons sans réserve l'incitation à commettre des actes « terroristes » et récusons toute tentative de justifier de tels actes ou d'en faire l'apologie, susceptible d'inciter à commettre de nouveaux actes de terrorisme. Toutefois, nous sommes préoccupés par le fait que les dispositions de l'article 421-2-5 relatifs à criminalisation et la définition de faits constitutifs d'acte de terrorisme, de provocation ou apologie du terrorisme, utilisent des termes vagues dont l'ampleur pourrait mener à une interprétation arbitraire et abusive de la loi, et donc à une application de celle-ci qui ne répondrait pas, entre autres, aux exigences du Pacte, ainsi qu'aux recommandations ciblées du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable, et du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte antiterroriste (voir le texte de ces normes et recommandations en annexe ci-dessous).

Comme indiqué dans de nombreux instruments juridiques et standards établis en matière du droit international des droits de l'homme, toute infraction relative à la « promotion » ou « l'apologie du terrorisme », qui impliquerait une restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit être formulée avec suffisamment de précision pour permettre aux individus d'adapter leur comportement en conséquence, et à ceux qui sont chargés de la mise en œuvre de telles mesures, de pouvoir déterminer avec précision, et en se fondant sur des faits avérés, quelles seraient les propos pouvant être limités ou non. En particulier, ces infractions a) doivent être limitées à *l'incitation* à un comportement qui est véritablement de nature terroriste, tel que dûment défini; b) ne doivent pas limiter la liberté d'expression plus que ce qui est nécessaire à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre et de la sécurité publics ou de la santé ou de la moralité publiques; c) doivent être interdite par la loi en *termes précis*, notamment en évitant l'emploi d'expressions vagues telles que « glorification » ou « promotion » du terrorisme ou « jugement favorable »; d) doivent comporter un *risque réel* (objectif) et prévisible que l'acte préconisé par l'incitation sera commis; e) devraient faire référence expressément à deux éléments intentionnels, à savoir l'intention de communiquer un message et l'intention que ce message incite à la commission d'un acte terroriste; et f) devraient préserver l'application des moyens ou principes de défense conduisant à l'exclusion de la responsabilité pénale en renvoyant à l'incitation « illégale » au terrorisme (voir annexe ci-dessous, en particulier A/66/290, par. 34).

A la lumière des informations reçues, compte tenu du droit international en la matière, et conformément à ce qui nous paraît l'esprit de l'instruction de la circulaire ministérielle du 12 janvier 2015, malgré la teneur choquante ou insultante, la violence verbale, l'outrage ou le caractère clairement menaçant de certains propos qui font l'objet de la présente communication, il semblerait que la majorité des expressions rapportées ne constitue pas une incitation ou une apologie du terrorisme.

De plus, une définition vague de ces infractions risque de criminaliser des actes légitimes au regard du droit à la liberté d'expression et pourrait avoir un effet fortement dissuasif, en terme d'autocensure. Elle risque également de restreindre indûment l'exercice du droit à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, tel que stipulé par l'article 19 du Pacte.

Le paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte prévoit que l'exercice du droit à la liberté d'expression comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales mais que des restrictions au droit sont permises dans deux domaines seulement, qui ont trait au respect des droits ou de la réputation d'autrui ainsi qu'à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. Toutefois, ces restrictions à l'exercice de la liberté d'expression ne peuvent pas compromettre le droit lui-même. Le Comité des droits de l'homme rappelle que le rapport entre le droit et la restriction et entre la règle et l'exception ne doit pas être inversé.

Nous souhaitons rappeler que si la criminalisation de l'incitation au terrorisme, telle qu'exigée par la résolution du Conseil de sécurité 1624, est compatible avec l'obligation prévue par l'article 20 paragraphe 2 du Pacte, visant à interdire l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à l'hostilité ou à la violence, elle doit tout particulièrement être pondérée avec le droit de chacun à la liberté d'expression, indispensable à la vie démocratique de toute société.

Il y a un danger que la criminalisation de certains propos puisse envoyer un message d'intimidation, ou avoir comme résultat l'autocensure de certaines personnes qui souhaiteraient s'exprimer dans le cadre d'un débat public, contradictoire, y compris sur les causes menant à des actes de « terrorisme » et donc décourager l'exercice de l'esprit critique et l'expression d'opinions qui ne seraient pas conformes à celles des autorités.

Une typologie cursive des poursuites ouvertes ces dernières semaines pour incitation ou apologie du terrorisme semble indiquer dans certains cas qu'elles ne visent pas à sanctionner des propos réfléchis susceptibles de s'associer consciemment, de soutenir ou de mener à des actes de terrorisme.

Par ailleurs, notre inquiétude est accrue du fait des implications, en matière de procédure, de l'insertion de délits de provocation et d'apologie du terrorisme dans le code pénal. Cela permet en effet d'appliquer à ces infractions certaines règles de procédures, auparavant exclues de la loi en matière de presse, telle que le recours à la comparution immédiate. Ce qui pourrait avoir comme conséquence que les tribunaux traitent les

affaires qui leurs sont présentées de manière expéditive, voire discriminatoire, accroissant ainsi le risque de procédures, de jugements et de condamnations arbitraires, en contravention des articles 9 et 14 du Pacte.

Cela risque de transformer des mesures censées prévenir des actes de terrorisme en une justice d'urgence, expéditive et systématique, frappant en outre d'abord des personnes disposant de peu de moyens de se défendre, et ce sans pour autant prévenir efficacement le « terrorisme ». A cet égard, nous souhaitons rappeler que toute personne a le droit de bénéficier des garanties inhérentes à un procès équitable, tout au long de la procédure la visant. L'article 14 (3) du Pacte stipule une série de garanties, telles que le droit d'un accusé à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme est claire : ni la loi ni son application ne doivent être arbitraires.

En relation avec les faits allégués ci-dessus, l'annexe ci-jointe énonce **les textes relatifs aux instruments juridiques et autres standards établis en matière de droits de l'homme**, y compris les obligations de la France.

Comme il est de notre responsabilité, en vertu des mandats qui nous ont été confiés par le Conseil des droits de l'homme, de solliciter votre coopération pour tirer au clair les cas qui ont été portés à notre attention, nous serions reconnaissants au Gouvernement de votre Excellence de ses observations sur les points suivants:

1. Veuillez fournir tout complément d'information au sujet des allégations qui font l'objet de cette communication ;
2. Veuillez fournir des informations détaillées quant aux procédures judiciaires à l'encontre de personnes accusées de « provocation » ou « apologie du terrorisme, dans le cadre de l'application de la loi n° 2014-1353, y compris des détails concernant le nombre total de personnes actuellement mises en examen ; leur âge ; les circonstances des faits ; les dates pertinentes, les charges retenues et les peines prononcées;
3. Veuillez fournir toute information susceptible de clarifier dans quelle mesure les dispositions de la loi n° 2014-1353 susmentionnées, sont compatibles avec les normes et les standards internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment les articles 9, 12, 14, 15, 17, 18 19, 22, 24 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques;
4. Veuillez fournir des informations détaillées quant à l'application de l'article 12 de la loi n° 2014-1353, concernant le contrôle et le retrait de contenus disponibles sur internet qui feraient la provocation ou l'apologie du terrorisme ; veuillez indiquer de quelle manière les décisions de l'autorité administrative seraient soumises à un contrôle judiciaire ; et dans quelle mesure ces dispositions sont compatibles avec les normes et les

standards internationaux relatifs à la liberté d'expression souscrits par la France

Nous serions reconnaissants de recevoir de votre part une réponse à ces questions dans un délai de 60 jours.

Considérant l'attachement de la France aux droits de l'homme en général, et en faveur du droit à la liberté d'opinion et d'expression en particulier, indispensable à toute vie démocratique, nous invitons le Gouvernement de votre Excellence à maintenir un dialogue avec les Procédures spéciales des Nations Unies sur les questions soulevées dans la présente communication, en particulier avec nos mandats, afin que les autorités considèrent les mesures nécessaires afin de s'assurer que la législation nationale en matière de lutte contre le terrorisme, et son application, soient mises en conformité avec les normes et les règles internationales relatives aux droits de l'homme acceptées par la France.

Par ailleurs, nous continuerons de suivre la mise en œuvre de la loi n° 2014-1353 dans l'ensemble de ses dispositions ainsi que les développements supplémentaires législatifs annoncés en matière de lutte contre le terrorisme. Nous nous réservons la possibilité d'exprimer publiquement nos préoccupations, le cas échéant, sur les questions soulevées dans cette communication qui nous paraissent mériter la plus grande attention. Tout communiqué de presse de notre part indiquera que nous avons pris contact avec le Gouvernement de votre Excellence afin de clarifier ces préoccupations.

Nous nous engageons à ce que la réponse du Gouvernement de votre Excellence soit reflétée dans le rapport que nous soumettrons au Conseil des droits de l'homme.

Veillez agréer, Excellence, l'assurance de notre haute considération.

Mads Andenas
Président-Rapporteur du Groupe de Travail sur la détention arbitraire

Alfred De Zayas
Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable

David Kaye
Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression

Michel Forst
Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme

Ben Emmerson
Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte antiterroriste

Annexe

Références aux instruments juridiques et autres standards établis en matière de droits de l'homme

Concernant les dispositions de la loi n° 2014-1353 et les procédures judiciaires en matière de « provocation » et « apologie » du terrorisme :

La définition des faits constitutifs d'un acte de terrorisme, de sa provocation ou apologie stipulés dans la législation utilisent des termes vagues et imprécis qui pourraient mener à une interprétation et/ou l'application de la loi qui ne répondraient pas aux exigences de l'article 19, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le Pacte), ratifié par la France le 4 novembre 1980. Cette disposition prévoit que l'exercice du droit à la liberté d'expression comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Pour cette raison, des restrictions au droit sont permises dans deux domaines limitatifs seulement, qui peuvent avoir trait soit au respect des droits ou de la réputation d'autrui soit à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. Toutefois, les restrictions qu'un État partie impose à l'exercice de la liberté d'expression ne peuvent pas compromettre le droit lui-même. Le Comité des droits de l'homme rappelle que le rapport entre le droit et la restriction et entre la règle et l'exception ne doit pas être inversé.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies souligne que les infractions telles que l'«encouragement du terrorisme» et l'«activité extrémiste», ainsi que le fait de «louer», «glorifier» ou «justifier» le terrorisme devraient être définies avec précision de façon à garantir qu'il n'en résulte pas une interférence injustifiée ou disproportionnée avec la liberté d'expression. Les restrictions excessives à l'accès à l'information doivent aussi être évitées. » D'ailleurs le Comité a clarifié que « Des restrictions ne devraient jamais être imposées à la liberté d'opinion et, en ce qui concerne la liberté d'expression, les restrictions ne devraient pas aller au-delà de ce qui est permis par le paragraphe 3 ou exigé par l'article 20 ».

Le conseil des droits de l'homme engage les États à veiller à ce que les mesures visant à lutter contre le terrorisme et à préserver la sécurité nationale soient conformes à leurs obligations au titre du droit international, en particulier du droit international des droits de l'homme, et n'entravent pas les activités et la sécurité des individus, des groupes et des organes de la société qui œuvrent à la promotion et à la défense des droits de l'homme (résolution 22/6, para. 10).

Alors que résolution 1624 (2005) du Conseil de sécurité des Nations unies appelle les États à « interdire par la loi l'incitation à commettre des actes de terrorisme » et à « empêcher toute incitation à commettre de tels actes », elle stipule que ces restrictions doivent être soigneusement pondérées avec le droit de chacun à la liberté d'expression.

Le Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression a rappelé à maintes reprises ses préoccupations

quant aux mesures visant à interdire la glorification (l'apologie) du terrorisme concernant des expressions qui, sans aller jusqu'à inciter ou promouvoir la commission d'actes terroristes, pourraient néanmoins faire l'éloge d'actes passés. Si de telles déclarations risquent d'offenser la sensibilité de certaines personnes et de la société, notamment des victimes d'actes terroristes, dans le cadre de mesures visant à limiter ou criminaliser des actes et des expressions, il importe de se garder d'employer dans la législation des termes vagues, de portée incertaine, tels que « glorifier » ou « promouvoir » le terrorisme.

En particulier, étant donné, l'absence de définition du « terrorisme » en droit international, pour déterminer les types d'expression qui constituent une incitation au terrorisme, le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste a proposé une définition type du terrorisme (A/HRC/16/51, par. 28), ainsi que de l'incitation au terrorisme, sur la base des pratiques optimales en la matière. En ce qui concerne l'infraction type d'incitation au terrorisme, il a proposé de la définir en ces termes : « [c]onstitue une infraction le fait de diffuser ou de mettre un message à disposition du public par tout autre moyen, délibérément et illégalement, avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise expressément ou non la commission d'infractions terroristes, crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions soient commises » (A/HRC/16/51, par. 32). Cette formulation remplit deux conditions, à savoir : a) l'intention que ce message incite à la commission d'un acte terroriste, et b) l'infraction doit comporter un risque réel que l'acte préconisé par l'incitation sera commis (Voir A/HRC/6/17/Add.1, A/HRC/10/3/Add.2 et A/HRC/16/51).

Le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression souligne que toute législation pénale nationale interdisant l'incitation au terrorisme doit être jugée à l'aune des trois critères applicables aux restrictions du droit à la liberté d'expression. De ce fait, l'infraction d'incitation au terrorisme : a) doit être limitée à l'incitation à un comportement qui est véritablement de nature terroriste, tel que dûment défini; b) ne doit pas limiter la liberté d'expression plus que ce qui est nécessaire à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre et de la sécurité publics ou de la santé ou de la moralité publiques; c) doit être interdite par la loi en termes précis, notamment en évitant l'emploi d'expressions vagues telles que « glorification » ou « promotion » du terrorisme; d) doit comporter un risque réel (objectif) que l'acte préconisé par l'incitation sera commis; e) devrait faire référence expressément à deux éléments intentionnels, à savoir l'intention de communiquer un message et l'intention que ce message incite à la commission d'un acte terroriste; et f) devrait préserver l'application des moyens ou principes de défense conduisant à l'exclusion de la responsabilité pénale en renvoyant à l'incitation « illégale » au terrorisme (A/66/290, par. 34).

Concernant les dispositions juridiques qui permettraient à l'autorité administrative d'exiger le retrait de contenus accessibles sur internet qui contreviendrait aux dispositions l'article 421-2-5 :

Le Comité des droits de l'homme souligne que « toute restriction imposée au fonctionnement des sites Web, des blogs et de tout autre système de diffusion de l'information par le biais de l'Internet, de moyens électroniques ou autres, y compris les systèmes d'appui connexes à ces moyens de communication, comme les fournisseurs d'accès à Internet ou les moteurs de recherche, n'est licite que dans la mesure où elle est compatible avec le paragraphe 3 [de l'article 19 du Pacte]. Les restrictions licites devraient d'une manière générale viser un contenu spécifique; les interdictions générales de fonctionnement frappant certains sites et systèmes ne sont pas compatibles avec le paragraphe 3 ».

Le Rapporteur spécial présente également une série de recommandations, soulignant que les moyens dont on dispose pour empêcher la diffusion de contenus considérés comme constituant une incitation au terrorisme sont souvent insuffisants ou inefficaces, voire les deux, et qu'il peut être par conséquent plus efficace de se servir d'Internet pour lutter contre l'incitation au terrorisme que de tenter de restreindre des contenus considérés comme constituant une telle incitation (A/HRC/17/27, par. 70 ; A/66/290, par. 35-36).

Le Rapporteur spécial formule des recommandations préconisant aux États de donner des précisions complètes sur la nécessité et les motifs justifiant le blocage d'un site Web particulier et soulignant que les critères utilisés pour déterminer les contenus devant être bloqués doivent être définis par une autorité judiciaire compétente ou par un organe indépendant de toute pression politique ou commerciale ou de toute autre influence injustifiée, afin d'éviter que le blocage ne soit utilisé comme moyen de censure (A/HRC/17/27, par. 70 ; A/66/290, par.82).

L'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable a relevé dans son rapport A/68/284 « La « guerre contre le terrorisme » menée depuis 2001 a porté atteinte à un ensemble de libertés civiles essentielles à un ordre international démocratique et équitable... Le terrorisme fait peser une lourde menace sur un ordre équitable. L'Expert indépendant estime que l'on ne peut faire face au terrorisme ni en se dotant d'un énorme système de surveillance et de politiques contraires à l'article 17 du Pacte international ni en poursuivant en justice des individus qui expriment des opinions dissidentes ou minoritaires. Il faut en revanche étudier et combattre les causes du terrorisme, qui puise souvent ses racines dans la détresse, la désespérance, l'injustice sociale et le fossé croissant qui sépare les très riches des très pauvres – problèmes qui seront réglés par une volonté politique adéquate... Les droits de l'homme et la sécurité ne sont pas antagonistes mais au contraire complémentaires et interdépendants. » (para. 55).