

Satire ou apologie du terrorisme, peut-on rire de tout?

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Z.B. c. France*,
2 septembre 2021)

PAR

Alyson BERRENDORF

*Doctorante (Aspirant F.R.S.-FNRS)
Université de Liège*

Lydia MIDREZ

Assistante à l'Université de Liège

ET

Louna MONACO

Assistante à l'Université de Liège

Résumé

Dans l'arrêt *Z.B. c. France* du 2 septembre 2021, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention. Le requérant se plaignait d'une ingérence injustifiée dans son droit à la liberté d'expression du fait d'avoir été condamné pour apologie de crimes d'atteintes volontaires à la vie pour avoir offert à son neveu de trois ans un t-shirt avec les inscriptions «je suis une bombe» et «Jihad, né le 11 septembre», qu'il porta dans l'enceinte de l'école en septembre 2012. Selon la Cour, le requérant ne pouvait se prévaloir d'une simple plaisanterie, et ne pouvait non plus ignorer la résonance particulière qu'allaient impliquer de telles inscriptions dans l'enceinte d'une école, surtout vu le contexte terroriste qui régnait au moment des faits. Dans cet article, nous proposons d'analyser le raisonnement de la Cour lorsqu'elle a conclu que la France a fait un usage adéquat de sa marge d'appréciation. Une attention particulière sera portée aux critères développés par la Cour afin d'apprécier la nécessité de l'ingérence et de nuancer son constat.

Abstract

In the *Z.B. v. France* judgment of 2 September 2021, the European Court of Human Rights found no violation of Article 10 of the Convention. The applicant was complaining of a breach of his right to freedom of expression due to his conviction for the offense of glorifying willful killing. He was convicted after he gave his 3-year-old nephew a T-shirt with the slogans “I am a bomb” and “Jihad, born on September 11”, that the boy wore at nursery school in September 2012. From the Court’s point of view, the applicant could not have been joking, nor could he have been unaware of the particular connotation that such slogans would have in a nursery school, especially given the scale and gravity of the current terrorist attacks. In this article, we propose to analyze the Court’s reasoning when it judged that France had made adequate use of its margin of appreciation, taking into account the criteria developed by the Court to assess the necessity of interference, and to nuance this observation.

Introduction

La liberté d’expression est un droit qui revêt une importance particulière. À cet égard, la Cour européenne des droits de l’homme (ci-après, «la Cour») a d’ailleurs affirmé 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»¹. Encore, «elle vaut non seulement pour les ‘informations’ ou ‘idées’ accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l’État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l’esprit d’ouverture sans lesquels il n’est pas de ‘société démocratique’»².

L’une de ses formes, à savoir le discours humoristique ou toute forme d’expression qui cultive l’humour, est elle aussi protégée par l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme, y compris lorsque les propos

¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49.

² *Ibid.*

«se traduisent par la transgression ou la provocation, et ce, peu importe qui en est l'auteur»³.

Dans l'arrêt *Z.B. c. France* du 2 septembre 2021, qui donne lieu au présent commentaire, un jeune garçon s'était rendu à l'école avec un t-shirt, commandé spécialement par son oncle, sur lequel étaient inscrites les mentions «je suis une bombe!» et «Jihad, né le 11 septembre». Condamné pénalement pour ces faits, l'oncle du garçonnet saisit la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir épuisé les voies de recours internes. Le requérant invoque le caractère humoristique des inscriptions litigieuses floquées sur le t-shirt.

L'arrêt de la Cour revêt donc une certaine importance puisqu'il était question de déterminer si le droit à l'humour peut être invoqué même lorsqu'il s'agit de rire d'attentats terroristes.

Dans la première partie de notre commentaire, nous procéderons à un rappel des faits et de la procédure interne. Dans une deuxième section, nous proposerons un rappel théorique des notions juridiques en cause, notamment au travers des articles 10 et 17 de la Convention européenne des droits de l'homme, avant de décrire la manière dont ces notions sont mobilisées par la Cour dans la présente affaire. Dans une troisième section plus substantielle, nous porterons un regard critique sur l'appréciation qui a été faite par la Cour dans cette espèce, en nous penchant sur la notion même du «discours» tel qu'il est protégé par la Convention, mais aussi sur le contexte factuel qui a entouré l'arrêt en cause (à savoir, principalement, un contexte terroriste). Nous nous attarderons également sur la sanction – une condamnation pénale – qui a été appliquée au requérant, en la comparant à d'autres affaires similaires jugées par le passé.

I. Rappel des faits

Le requérant est l'oncle d'un enfant prénommé Jihad, né le 11 septembre 2009. En 2012, le requérant offre à son neveu un t-shirt spécialement commandé, sur lequel il avait demandé que soient inscrites les mentions «je suis une bombe!» sur la face avant, et «Jihad, né le 11 septembre» dans le dos⁴.

³ G. RUC, *Apologie du terrorisme et discours humoristique: la CEDH précise les limites de la liberté d'expression*, Lexis Veille, 2 septembre 2021, disponible sur www.lexisveille.fr/apologie-du-terrorisme-et-discours-humoristique-la-chedh-precise-les-limites-de-la-liberte.

⁴ Arrêt commenté, §§ 4 et 5.

Le 25 septembre 2012, la directrice de l'école maternelle de l'enfant et une autre adulte constatent, en rhabillant le jeune enfant, que celui-ci porte le t-shirt. Après en avoir été informé, le maire de la commune de Sorgues décide de dénoncer les faits aux autorités nationales compétentes⁵.

Le requérant et la mère du garçonnet sont poursuivis pour apologie de crimes d'atteintes volontaires à la vie⁶. Ils sont relaxés en instance, au motif que le port du t-shirt litigieux était limité dans le temps (uniquement le 25 septembre 2012) et dans l'espace (la classe maternelle), ainsi qu'en raison du fait que seules deux adultes avaient pu voir les mentions figurant sur le t-shirt.

En appel, la mère de l'enfant et le requérant sont cependant condamnés, ce dernier à deux mois d'emprisonnement avec sursis ainsi que 4.000 euros d'amende. Selon la Cour d'appel de Nîmes, les mentions figurant sur le t-shirt ne peuvent être dissociées, en raison de leur support unique. La combinaison du nom de l'enfant et de sa date de naissance renvoie aux événements tragiques du 11 septembre 2001, cela étant accentué par le fait que l'année de naissance de l'enfant ne figure pas sur le t-shirt. Enfin, la commande du t-shirt, avec de telles mentions, ainsi que la demande expresse de faire porter le t-shirt par un enfant de trois ans dans un lieu public traduisent, pour la cour d'appel, l'intention délibérée des prévenus de valoriser des actes criminels d'atteintes à la vie et de diffuser un jugement bienveillant sur des actes odieux et criminels⁷.

⁵ Arrêt commenté, § 6.

⁶ Voy. les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse dans leur version en vigueur au moment des faits. Selon le premier, «[s]eront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet. Cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'article 2 du code pénal». Selon l'article 24, «[s]eront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article précédent, auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes: 1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles définies par le livre II du code pénal; [...] Seront punis de la même peine que ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi [...]». Le délit d'apologie de crimes d'atteintes volontaires à la vie visé par la disposition exige que lesdits actes criminels apparaissent comme susceptibles d'être justifiés ou que les personnes soient incitées à porter sur eux un jugement favorable, l'apologie de leur auteur s'assimilant à celle de leurs crimes eux-mêmes. Voy. arrêt commenté, §§ 7, 11 et 16.

⁷ Arrêt commenté, § 11.

La Cour de cassation française confirme la condamnation du requérant et de la mère, en conséquence de quoi le requérant décide de saisir la Cour européenne des droits de l'homme afin de défendre son droit à l'humour par le prisme de la liberté d'expression.

II. Procédure devant la Cour

A. *Sur la recevabilité: article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme*

1. Principes

L'article 17 de la Convention interdit l'abus de droit⁸, c'est-à-dire «le fait, par le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité d'une manière préjudiciable»⁹. Cette disposition a pour but d'empêcher que les droits protégés par la Convention soient détournés et exercés dans un but contraire à cette dernière¹⁰. Pour conclure à un abus de droit, il est nécessaire, en tenant compte du contexte de l'affaire¹¹, d'une part, de rechercher le but poursuivi par le requérant et, d'autre part, de déterminer si ce but est compatible ou non avec la Convention¹². Si tel n'est pas le cas, la Cour peut appliquer l'article 17 et, sur la base de l'article 35, § 3, a), conclure à l'irrecevabilité de la requête¹³.

⁸ En vertu de cet article, «aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention».

⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Mirolubovs e.a. c. Lettonie*, 15 septembre 2009, § 62.

¹⁰ Selon la Cour, «personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés [reconnus dans la Convention]». Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Lawless c. Irlande (n° 3)*, 1^{er} juillet 1961, § 7.

¹¹ Comme le précise la Cour dans son arrêt *Vajnai c. Hongrie* du 8 juillet 2008, § 53: «Ce n'est qu'en procédant à un examen attentif du contexte dans lequel les propos offensants sont tenus que l'on peut établir une distinction pertinente entre des termes choquants et insultants – qui relèvent de la protection de l'article 10 – et ceux qui ne méritent pas d'être tolérés dans une société démocratique».

¹² Cour eur. dr. h., *Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Interdiction de l'abus de droit*, mis à jour au 31 août 2020, disponible sur www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_FRA.pdf, pp. 8 et 9.

¹³ Même lorsqu'un requérant agit devant la Cour en poursuivant un but incompatible avec la Convention, la Cour peut décider d'examiner l'affaire sans s'appuyer sur l'article 17. Voy. Cour eur. dr. h., *Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Interdiction de l'abus de droit*, mis à jour au 31 août 2020, préc., p. 10.

Concrètement, le requérant n'est pas privé de la protection accordée par la Convention mais il est privé du droit de s'en prévaloir dans un but jugé contraire aux valeurs de celle-ci¹⁴. Ainsi, l'affaire est jugée irrecevable et le fond n'est pas examiné. Relevons qu'en raison de cette absence d'examen au fond, la doctrine estime que l'article 17 doit être appliqué de manière modérée. Pour certains, mieux vaudrait encore se passer complètement de cette disposition afin de toujours préserver un examen substantiel des affaires, en ayant recours aux dispositions de fond de la Convention, tel l'article 10 en ce qui concerne la liberté d'expression¹⁵.

Il arrive que l'article 17 soit utilisé par la Cour comme aide à l'interprétation des dispositions matérielles de la Convention, notamment lors de l'examen du caractère nécessaire de l'ingérence¹⁶. Dans d'autres cas, la Cour s'appuie sur cette disposition lors de l'examen de l'affaire mais sans se prononcer quant à son applicabilité dans le cas d'espèce, voire même sans citer l'article 17¹⁷.

L'article 17 n'est en principe appliqué par la Cour qu'«à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes»¹⁸. En ce qui concerne particulièrement le droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10, l'article 17 «ne doit être employé que s'il est tout à fait clair que les propos incriminés visaient à faire dévier cette disposition de sa finalité réelle par un usage du droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires aux valeurs de la Convention»¹⁹. Il s'agit, par exemple et de manière non exhaustive, de cas où le requérant incite à la haine ou à la violence²⁰, fait l'apologie du terrorisme ou de

¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Lawless c. Irlande*, rapport de la Commission, 19 décembre 1959, § 141; Cour eur. dr. h., *Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Interdiction de l'abus de droit*, mis à jour au 31 août 2020, préc., p. 13.

¹⁵ À propos des critiques de l'article 17, voy. Fr. TULKENS, «La liberté d'expression et le discours de haine», *Rev. dr. ULg.*, 2015, n° 3, p. 484; H. CANNIE et D. VOORHOOF, «The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, vol. 29, n° 1, pp. 54-83; S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?», *cette Revue*, 2001, pp. 541-566.

¹⁶ Arrêt commenté, § 27.

¹⁷ Pour plus de précisions à ce sujet, voy. Cour eur. dr. h., *Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Interdiction de l'abus de droit*, mis à jour au 31 août 2020, préc., pp. 17 et s.

¹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, § 114.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Cour eur. dr. h., décision *Norwood c. Royaume-Uni*, 16 novembre 2004; décision *Belkacem c. Belgique*, 27 juin 2017.

crimes de guerre²¹, promeut une idéologie totalitaire²², ou encore d'affaires de négation ou de révision de l'holocauste²³.

2. Application au cas d'espèce

Selon le gouvernement français, la requête est irrecevable car les propos inscrits sur le t-shirt ne peuvent bénéficier de la protection normalement conférée par la liberté d'expression. En effet, selon le gouvernement, il est question en l'espèce de faire l'apologie d'un crime de masse dans un contexte terroriste, peu de temps après d'autres attentats commis en France, au nom de la même idéologie radicale. Le gouvernement souligne à cet égard que l'article 17 a déjà été appliqué par la Cour alors même qu'il n'y avait pas d'incitation formelle à commettre des actes violents, mais bien en raison de l'idéologie sur laquelle reposaient les propos litigieux²⁴.

À l'inverse, selon le requérant, les propos relèvent pleinement de l'article 10 de la Convention. Le fait même que les juridictions de fond ont chacune interprété différemment les inscriptions litigieuses démontre que les propos inscrits sont à tout le moins équivoques. De plus, l'exception d'irrecevabilité invoquée ne saurait être admise qu'au prix d'un détournement total de la lettre et de l'esprit de l'article 17 de la Convention.

La Cour est d'avis que les mentions litigieuses «ne suffisent pas à révéler de manière immédiatement évidente que le requérant tendait par ce biais à la destruction des droits et libertés consacrés dans la Convention»²⁵. La Cour conclut que la requête ne constitue pas un abus de droit au sens de l'article 17 de la Convention. De la sorte, elle n'est pas irrecevable *ratione materiae* au sens de l'article 35, § 3, de la Convention²⁶.

²¹ Cour eur. dr. h., décision *RoJ TV A/S c. Danemark*, 17 avril 2018.

²² Cour eur. dr. h., arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*, 17 mars 2013; arrêt *Romanov c. Ukraine*, 16 juillet 2020.

²³ Cour eur. dr. h., arrêt *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998; décision *Witsch c. Allemagne*, 20 avril 1999; décision *Garaudy c. France*, 24 juin 2003; décision *Pavel Ivanov c. Russie*, 20 février 2007; décision *M'Bala M'Bala c. France*, 20 octobre 2015.

²⁴ Arrêt commenté, § 20. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Leroy c. France*, 2 octobre 2008; B. NICAUD, «La Cour européenne des droits de l'homme face à la caricature de presse», *cette Revue*, 2009, pp. 1109 et s.

²⁵ Arrêt commenté, § 26.

²⁶ Cette conclusion ne saurait toutefois empêcher la Cour de s'appuyer sur l'article 17 de la Convention comme une aide afin d'interpréter l'article 10, § 2, de la Convention, notamment au regard de l'appréciation de la nécessité de l'ingérence litigieuse. Voy. arrêt commenté, § 27.

B. *Sur le fond: article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*

1. Principes

L'article 10 de la Convention garantit à « toute personne » le droit à la liberté d'expression, c'est-à-dire « *la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ». Faisant partie des « fondements essentiels » d'une société démocratique, la liberté d'expression vaut « non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »²⁷.

Néanmoins, conformément au paragraphe 2 de l'article 10, la liberté d'expression n'est pas absolue et peut être soumise « *à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions* ». Pour être conforme à la Convention, toute ingérence dans la liberté d'expression d'un justiciable doit d'abord être prévue par la loi, poursuivre un but légitime²⁸ et, enfin, être « nécessaire dans une société démocratique »²⁹.

Quant à ce dernier point, relevons que, si l'ingérence au sens de l'article 10, § 2, de la Convention ne doit pas être « absolument » ou « strictement » nécessaire, il ne suffit pas qu'elle soit « admissible » ou « utile » pour être admissible³⁰. En outre, la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique implique un « besoin social impérieux ». Les États membres bénéficient, sous le contrôle de la Cour, d'une certaine marge d'appréciation quant à l'existence d'un tel besoin. Ainsi, lors de l'examen d'une affaire, sans faire abstraction des devoirs et responsabilités de celui qui exerce sa liberté d'expression³¹, la Cour examine si la sanction litigieuse est proportionnée au(x) but(s) poursuivi(s), et si les motifs présentés par les autorités nationales pour justifier la sanction sont « pertinents

²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49.

²⁸ L'article dresse la liste des buts légitimes possibles, à savoir la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, le but d'empêcher la divulgation d'informations conditionnelles ou encore de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

²⁹ Ces conditions sont rappelées dans l'arrêt commenté, § 50.

³⁰ *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., § 48.

³¹ *Ibid.*, § 49.

et suffisants»³². La Cour procède à cette fin à une analyse du discours litigieux en lui-même ainsi que du contexte de l'affaire qui lui est soumise³³.

En principe, lorsqu'un discours, même choquant ou inquiétant, entre dans le cadre d'un débat public d'intérêt général, la marge de manœuvre des autorités nationales s'en trouve «particulièrement restreinte»³⁴. En effet, la Cour a jugé que l'article 10, § 2, «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»³⁵.

Bien que la Cour ne définisse pas la notion d'«intérêt général», il s'agit d'une notion large. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que s'apparentent à une question d'intérêt général, des sujets aussi variés que, entre autres, la gestion d'une municipalité et des fonds publics³⁶, les brutalités policières³⁷, la rémunération de politiciens³⁸, le financement et la gestion d'un lieu de culte³⁹, les débats portant sur les sectes⁴⁰, le fonctionnement du pouvoir judiciaire⁴¹, ou encore la protection de l'environnement et de la santé publique⁴².

Plus globalement, déterminer si un sujet relève ou non d'un débat public d'intérêt général est une question de casuistique. En fait, toute question pouvant intéresser le public peut le cas échéant entrer dans cette catégorie. Ainsi, dans une affaire où un journal norvégien avait été condamné pour diffamation après avoir divulgué des informations sur des pratiques illégales de chasse aux phoques, la Cour relève que «l'on ne peut envisager la teneur des articles mis en cause indépendamment de la controverse que la chasse aux phoques suscitait à l'époque en Norvège», laquelle était propre à donner à l'affaire un «aspect d'intérêt général»⁴³. Dans une autre espèce où une association de protection des animaux voulait, sans succès, diffuser un spot télévisé dénonçant les conditions d'élevage de porcs, la Cour juge que «dans beaucoup de sociétés

³² Cour eur. dr. h., arrêt *Gözel et Özer c. Turquie*, 6 juillet 2010, § 46.

³³ *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., § 49; M. OETHEIMER, «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *cette Revue*, 2006, pp. 70 et s.

³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Mamère c. France*, 7 novembre 2006, § 20.

³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58; arrêt *Pinto Pinheiro Marques c. Portugal*, 22 janvier 2015, § 40.

³⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Jean-Jacques Morel c. France*, 10 octobre 2013, § 38.

³⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, 25 novembre 1999, §§ 27 et 46.

³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche*, 26 février 2002, § 36.

³⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Chalabi c. France*, 18 septembre 2008, § 41.

⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Paturel c. France*, 22 décembre 2005, § 32.

⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Miroslava Todorova c. Bulgarie*, 19 octobre 2021, § 169.

⁴² *Mamère c. France*, préc., § 20.

⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, § 62.

européennes, la protection et les modalités d'élevage des animaux donnaient et donnent toujours lieu à un débat général»⁴⁴. Plus récemment, un militant du mouvement indépendantiste du Pays basque a été condamné pour apologie du terrorisme après avoir prononcé un discours rendant hommage à un ancien membre de l'organisation terroriste E.T.A. Dans son raisonnement, la Cour tient compte du contexte sociétal espagnol, du fait que la question de l'indépendance du Pays basque a été récurrente et relève qu'«il est question d'un débat qui n'a pas pour habitude de susciter l'indifférence de la société espagnole, bien au contraire. Dès lors, il s'agit bien d'un débat public d'intérêt général»⁴⁵.

2. Application au cas d'espèce

Selon le requérant, le message litigieux inscrit sur le t-shirt ne constituait qu'une plaisanterie. Pour ce dernier, rien ne permettait d'établir raisonnablement que ledit message avait pour objet de présenter les attentats sous un jour favorable ou de les glorifier. Il insiste notamment sur l'ampleur limitée et purement ponctuelle de l'acte et ajoute que tout propos perçu comme «choquant» ne saurait justifier une condamnation pénale aussi lourde⁴⁶. En effet, même les discours offensifs ou «de haine» ne sont pas déçus de toute protection⁴⁷.

Selon le gouvernement français, les mentions litigieuses, par une référence non équivoque aux attentats du 11 septembre 2001, cherchaient à présenter sous un jour humoristique «la violence perpétrée à l'encontre de milliers de civils», et ce, dans un contexte de menaces terroristes. Suivant cette idée, le requérant devait nécessairement avoir conscience du caractère choquant des inscriptions. Il ne pouvait non plus ignorer que le message serait nécessairement vu, étant donné l'absence d'autonomie de l'enfant⁴⁸.

La Cour commence par apprécier le caractère humoristique dont se prévaut le requérant. Elle rappelle que la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, au moyen de l'exagération et de la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter. Ainsi, tout discours humoristique, parfois même provocant, se doit d'être apprécié

⁴⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001, § 70.

⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Erkizia Almandoz c. Espagne*, 22 juin 2021, § 43.

⁴⁶ Prononcer une condamnation pénale constitue l'une des formes les plus graves d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression. Pour rappel, le requérant a été condamné à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis et 4.000 euros d'amende.

⁴⁷ Arrêt commenté, § 30.

⁴⁸ Arrêt commenté, §§ 43 et 45.

avec précaution afin de ne pas être censuré du seul fait des réactions négatives qu'il est susceptible d'engendrer. Pour autant, quiconque se prévaut de la liberté d'expression assume, selon le second paragraphe de l'article 10 de la Convention, des « devoirs et des responsabilités »⁴⁹.

La Cour poursuit en relativisant l'importance du contexte entourant la condamnation du requérant. En effet, elle note que le fait que des attentats terroristes aient touché grièvement la France ne peut pas justifier à lui seul l'ingérence contestée dans le droit à la liberté d'expression du requérant ; pour autant la Cour ne saurait faire abstraction du poids que ce contexte général revêt pour l'affaire en cause. Au surplus, la Cour insiste sur le contexte spécifique dans lequel les inscriptions litigieuses ont été rendues publiques, à savoir au travers de l'instrumentalisation d'un enfant de trois ans, non seulement dans un lieu public, mais aussi dans un établissement scolaire⁵⁰.

In fine, la Cour conclut que la condamnation pénale d'un individu pour apologie de crimes d'atteintes volontaires à la vie en raison des inscriptions à connotation terroriste figurant sur le t-shirt offert à un enfant n'est pas contraire à son droit à la liberté d'expression. Cette conclusion est, à notre sens, critiquable en plusieurs aspects, et c'est ce qui fera à présent l'objet de notre attention. Au demeurant, la Cour ayant conclu à l'inexistence d'un abus de droit, nous ne nous attarderons pas sur la manière dont l'article 17 a été mobilisé.

III. Regard critique

Comme nous l'avons vu, pour être justifiée au regard de l'article 10, § 2, de la Convention, toute ingérence dans la liberté d'expression d'un individu doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être « nécessaire dans une société démocratique ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'ingérence dans la liberté d'expression du requérant (l'application d'une condamnation pénale) était prévue par une disposition légale, soit l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Il n'est pas non plus contesté que cette condamnation poursuivait un but légitime, à savoir « la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ». Le débat porte sur la question de savoir si la condamnation du requérant est nécessaire et proportionnée.

⁴⁹ Arrêt commenté, §§ 56 et 57.

⁵⁰ Arrêt commenté, § 61.

La Cour conclut à ce titre par l'affirmative. En effet, elle considère que la France a fait un usage adéquat de sa marge d'appréciation en ayant égard aux critères d'appréciation développés par la Cour afin d'apprécier la nécessité de l'ingérence. Nous proposons de nuancer cette approche en trois temps : dans un premier temps, nous examinerons l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État défendeur par la Cour sous le prisme du discours litigieux. Dans un deuxième temps, puisque la teneur du discours et le contexte dans lequel il a été prononcé sont des critères d'appréciation pris en compte par la Cour, nous nous attarderons sur la portée du discours en cause avant d'avoir égard à la manière dont le contexte de l'affaire a été mobilisé dans l'arrêt commenté. Enfin, dans un dernier temps, nous nous pencherons sur l'analyse de la proportionnalité de la sanction. Avant de procéder à l'analyse des critères développés par la Cour dans l'affaire *Z.B.*, nous nous proposons de recontextualiser brièvement la manière dont la lutte contre le terrorisme est appréhendée par la Cour afin de mieux en cerner les enjeux.

A. La « difficile » et nécessaire lutte contre le terrorisme

Le terrorisme est un phénomène majeur dont la Cour a eu à connaître depuis sa création⁵¹. La violence sans précédent et les graves dangers qu'il engendre justifient les nombreuses mesures sécuritaires prises par les États pour l'éradiquer. Certaines de ces mesures sont d'ailleurs nécessaires à la protection des droits fondamentaux dont le terrorisme menace la jouissance⁵². À cet égard, la Convention est elle-même reconnue comme fondant une obligation pour les États d'agir pour lutter contre le terrorisme⁵³. En effet, l'article 2 renferme des obligations positives imposant aux États de prendre des mesures pour préserver le droit à la vie⁵⁴.

La lutte contre le terrorisme s'inscrit donc pleinement dans le respect des droits fondamentaux. De la sorte, il n'existe pas de dilemme entre sécurité et libertés fondamentales mais, comme l'a souligné Linos-Alexandre Sicilianos,

⁵¹ La première affaire dont a eu à connaître la Cour était une affaire de terrorisme, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Lawless c. Irlande (n° 1)*, 14 novembre 1960.

⁵² Voy. *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme*, adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002, art. 1.

⁵³ A. PETROPOULOU, *Liberté et sécurité : les mesures antiterroristes et la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2014, pp. 9-12; Fr. BERNARD, « La Cour européenne des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme », *cette Revue*, 2016, p. 45.

⁵⁴ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998.

«ces deux valeurs importantes de nos sociétés démocratiques doivent coexister»⁵⁵. Suivant cette optique, la Cour considère la lutte contre le terrorisme comme constitutive d'un but légitime permettant aux États de prendre certaines mesures; mesures qui seront considérées comme conformes aux droits fondamentaux uniquement à condition d'être nécessaires et proportionnées⁵⁶.

Dans l'affaire qui nous occupe, la Cour, en refusant d'appliquer l'article 17, réaffirme cette idée que les mesures nécessaires à la lutte contre le terrorisme ne doivent pas primer les droits fondamentaux, et qu'une analyse à travers le prisme de l'article 10 est nécessaire pour assurer une juste balance entre ces deux intérêts⁵⁷.

Lors de son analyse, la Cour a également souligné les «difficultés liées à la lutte contre le terrorisme»⁵⁸, comme elle l'a d'ailleurs fait dans de nombreuses autres affaires où le terrorisme était en cause⁵⁹. Ce sont ces difficultés qui justifient la grande marge d'appréciation laissée aux États par la Cour pour déterminer l'existence de motifs suffisants et pertinents justifiant l'ingérence⁶⁰. En dépit de ces circonstances exceptionnelles, la Cour vérifie systématiquement la nécessité et la proportionnalité des mesures de lutte contre le terrorisme en ayant recours à des principes établis selon une jurisprudence constante⁶¹.

Dans le cadre de l'article 10, la Cour a développé plusieurs principes qui ont déjà été exposés dans la présente contribution⁶². Ceux-ci ont récemment été réaffirmés par la Cour, en matière de terrorisme, dans l'affaire *Erkizia Almandoz c. Espagne*. Dans cette affaire, la Cour a affirmé que la conjoncture des facteurs suivants permettait de conclure à la nécessité d'une ingérence: l'existence d'un contexte politique ou social tendu; la question de savoir si les propos, correctement interprétés, peuvent passer pour un appel – direct ou indirect – à la violence; la capacité de l'expression en cause à nuire⁶³.

⁵⁵ L.-A. SICILIANOS, «La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise», *cette Revue*, 2016, p. 26.

⁵⁶ A. PETROPOULOU, *op. cit.*, pp. 15-17; Cour eur. dr. h., arrêt *Zana c. Turquie*, 25 novembre 1997, § 55.

⁵⁷ Sur la question de l'article 17 et de la lutte contre le terrorisme, voy. A. PETROPOULOU, *op. cit.*, pp. 17-20.

⁵⁸ Arrêt commenté, § 59.

⁵⁹ Voy. notamment Cour. eur. dr. h., arrêt *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 58; arrêt *Sürek c. Turquie (n° 1)*, 8 juillet 1999, § 62; arrêt *Leroy c. France*, préc., § 38.

⁶⁰ A. PETROPOULOU, *op. cit.*, pp. 22 et 23; L.-A. SICILIANOS, *op. cit.*, pp. 23 et 24.

⁶¹ L.-A. SICILIANOS, *op. cit.*, pp. 29 et 30.

⁶² Voy. également l'analyse de A. PETROPOULOU, *op. cit.*, pp. 245-258.

⁶³ *Erkizia Almandoz c. Espagne*, préc., §§ 40 et 41.

Dans l'affaire *Z.B.*, nous nous demandons si ces principes ont été adéquatement mobilisés par la France. Dans la suite de cet article, tout en gardant à l'esprit l'enjeu et la complexité majeurs que représente la lutte contre le terrorisme, et la marge d'appréciation qui en découle au profit des États, nous allons confronter à la jurisprudence habituelle de la Cour, les principes invoqués.

B. *Le discours litigieux*

1. Discours d'intérêt général et marge d'appréciation nationale

Comme nous l'avons déjà souligné, la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions de la liberté d'expression dans les domaines du débat politique ou de questions d'intérêt général⁶⁴.

Dans l'arrêt *Leroy c. France*, sur lequel nous reviendrons, le requérant – un dessinateur – avait été condamné du chef de complicité d'apologie du terrorisme pour avoir publié une caricature deux jours après l'attentat du 11 septembre 2001 contre les tours jumelles du World Trade Center⁶⁵. Si elle s'abstenait en définitive de censurer cette condamnation, la Cour avait alors considéré que les « actes tragiques du 11 septembre 2001 qui sont à l'origine de l'expression litigieuse ont entraîné un chaos mondial et que les questions abordées à cette occasion, y compris l'interprétation qu'en fait le requérant, relèvent du débat d'intérêt général »⁶⁶.

A contrario, dans l'arrêt qui nous occupe, la Cour souligne que les inscriptions litigieuses ne sauraient être considérées comme relevant d'un quelconque débat d'intérêt général au regard des attentats du 11 septembre 2001 ou d'autres sujets. Le requérant est d'ailleurs du même avis : son but n'a jamais été de vouloir contribuer ou susciter un débat de telle nature⁶⁷.

De la sorte, la marge d'appréciation accordée à la France est plus large. En effet, puisque le requérant ne fait pas partie d'une catégorie de personnes dont la parole est spécifiquement protégée et que ses propos n'intéressent pas l'inté-

⁶⁴ Outre l'arrêt commenté, § 58, voy. notamment *Perinçek c. Suisse*, préc., § 197.

⁶⁵ Le 11 septembre 2001, le requérant, dessinateur, remit à la rédaction de l'hebdomadaire *Ekaizta*, un dessin symbolisant l'attentat (quatre immeubles de grande hauteur qui s'effondrent dans un nuage de poussière après avoir été percutés par deux avions), avec une légende pastichant le slogan publicitaire d'une marque célèbre. Voy. *Leroy c. France*, préc., §§ 5 et 6.

⁶⁶ *Leroy c. France*, préc., § 41.

⁶⁷ Arrêt commenté, § 58.

rêt général, un contrôle plus strict de la part de la Cour ne saurait se justifier⁶⁸, d'autant plus que l'affaire en cause concerne le terrorisme⁶⁹.

Toutefois, comme l'a rappelé la Cour et selon sa jurisprudence bien établie, la marge d'appréciation laissée aux États n'empêche pas le contrôle européen. Il appartient donc à la Cour de vérifier si les motifs invoqués par les autorités nationales pour justifier l'ingérence apparaissent « pertinents et suffisants »⁷⁰.

2. La portée du discours litigieux : apologie du terrorisme et incitation à la violence

Pour rappel, dans l'affaire qui nous occupe, le requérant ne nie pas avoir spécifiquement demandé à son neveu de porter le t-shirt litigieux ni avoir voulu partager son message. Il s'est plutôt prévalu d'un trait d'humour⁷¹. Selon le requérant, il ne pouvait être déduit de l'inscription litigieuse une quelconque « glorification » des attentats du 11 septembre ou un quelconque « appui ou solidarité morale » exprimé envers le terrorisme⁷².

Devant la Cour d'appel de Nîmes, il fut avancé par le ministère public qu'aucune personne de culture occidentale ou orientale ne pouvait se tromper sur la symbolique attachée à cet attentat, acte fondateur du mouvement djihadiste. Le fait, justement, d'avoir illustré sur le t-shirt certains attributs de l'enfant, comme son prénom, son jour et son mois de naissance, à l'exclusion de son année de naissance (qui aurait permis de les distinguer des faits tragiques de 2001), mais également l'usage du terme « bombe » – dont, selon la cour d'appel, on ne peut raisonnablement prétendre qu'il renvoie à la beauté du garçonnet – a eu pour but de magnifier les terribles attentats du 11 septembre 2001, à travers la tournure de la phrase, l'emploi du singulier et du verbe être, et servent « en réalité de prétexte pour valoriser, *sans aucune équivoque*, et à travers l'association délibérée des termes renvoyant à la violence de masse, des atteintes volontaires à la vie »⁷³.

⁶⁸ Pour plus d'informations au sujet des protections spécifiques, voy. Fr. KRENC, « La liberté d'expression vaut pour les propos qui 'heurtent, choquent ou inquiètent'. Mais encore? », *cette Revue*, 2016, pp. 311-320.

⁶⁹ Sur la marge d'appréciation laissée aux États en matière de terrorisme, voy. A. PETROPOULOU, *op. cit.*, pp. 22-23; L.-A. SICILIANOS, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁷⁰ Outre l'arrêt qui nous intéresse *Z.B. c. France*, § 54, voy. notamment *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §§ 49 et 50.

⁷¹ Arrêt commenté, § 62.

⁷² Arrêt commenté, § 12.

⁷³ Arrêt commenté, § 11 (nous soulignons).

La Cour européenne des droits de l'homme décida de suivre cette interprétation. Selon elle, le requérant a «sciemment recouru à un procédé énonciatif qui, reposant sur la polysémie du mot 'bombe', tendait à décrire, dans un style familier propre au français courant, les caractéristiques physiques d'une personne séduisante et ce, tout en les associant aux informations d'identité de son neveu»⁷⁴. D'après la Cour, le texte pouvait sans nul doute passer pour polémique. Le requérant ne pouvait ignorer sa résonance particulière, au-delà de la simple provocation ou du mauvais goût dont il se prévaut⁷⁵. À cet égard, la Cour souligne que le droit à l'humour ne permet pas tout, et que quiconque se prévaut de la liberté d'expression assume des «devoirs et des responsabilités», aux termes du paragraphe 2 de l'article 10. Lorsqu'il est question de sujets sensibles, la Cour préfère d'ailleurs l'appellation de «discours». Cette affaire fait évidemment écho à l'arrêt *Leroy c. France* où, comme dans l'arrêt *Z.B. c. France*, le requérant fut condamné en vertu de la loi française de 1881. Dans la première affaire, le discours en cause était un dessin, publié deux jours après les attentats du 11 septembre, symbolisant quatre immeubles qui s'effondrent dans un nuage de poussière après avoir été percutés par deux avions, accompagné des inscriptions «NOUS EN AVIONS TOUS RÊVÉ... LE HAMAS L'A FAIT», lesquelles parodiaient le slogan publicitaire d'une marque célèbre⁷⁶. Comme dans l'arrêt commenté, le requérant contestait avoir commis une quelconque apologie de terrorisme. Il affirmait au contraire que «son dessin n'était pas la manifestation d'une quelconque conviction quant à un prétendu caractère bénéfique de l'action terroriste» et qu'*in fine*, ce dernier ne visait qu'à critiquer le capitalisme et l'impérialisme américain. Le dessinateur prétendait que la légende qui accompagnait le dessin ne saurait formuler une appréciation positive des attentats du World Trade Center, mais entendait pasticher un célèbre slogan publicitaire, dans un sens humoristique. Dans cet arrêt également, de la même manière que dans l'arrêt *Z.B. c. France*, la dimension temporelle et l'absence de précautions du langage convoqué par le requérant furent prises en compte par la Cour, les faits ayant eu lieu seulement deux jours après le 11 septembre, dans une région politiquement sensible (voy. *infra*, C). Tant dans *Leroy* que dans *Z.B. c. France*, la Cour s'est largement rangée à l'appréciation des juridictions nationales.

Toutefois, à notre sens, l'affaire *Leroy* revêt des nuances supplémentaires, qui la distinguent de l'arrêt *Z.B.* En effet, dans l'affaire *Z.B.*, la Cour d'appel de Nîmes a considéré que les propos «valoris[er]aient, sans aucune équivoque,

⁷⁴ Arrêt commenté, § 55.

⁷⁵ Arrêt commenté, § 63.

⁷⁶ *Leroy c. France*, préc., §§ 5 et 6.

[...] des atteintes volontaires à la vie»⁷⁷. Cette opinion n'était pas partagée en première instance par le Tribunal correctionnel d'Avignon, qui relaxa le requérant et sa sœur des faits d'apologie de crimes d'atteintes volontaires à la vie⁷⁸. Bien qu'il n'appartienne pas à la Cour de se prononcer sur les éléments constitutifs du délit d'apologie des crimes d'atteintes volontaires à la vie⁷⁹, ces interprétations divergentes qui furent données en interne nous montrent, à tout le moins, que les propos – mais également les circonstances entourant ces derniers, sur lesquelles nous reviendrons – ne sont peut-être pas aussi univoques qu'on peut le penser. Pourtant, la Cour a considéré qu'il n'y avait «aucun motif sérieux de substituer son appréciation à celle des instances nationales»⁸⁰. Or, à notre sens, les juridictions nationales françaises n'ont pas réussi à avancer des motifs suffisamment pertinents pour établir que l'ingérence était nécessaire pour atteindre les buts légitimes poursuivis et, partant, conforme à l'article 10, § 2, de la Convention.

Au terme de ses développements, la Cour estime que la France a fait un usage de sa marge d'appréciation conforme à l'article 10. Cependant, elle ne vérifie pas si la France démontre que le discours est susceptible d'inciter à la violence. Ce faisant, la Cour semble s'éloigner de sa jurisprudence habituelle. En effet, lorsqu'elle est confrontée à un discours de haine⁸¹, elle a pour habitude de prendre en compte, d'abord et avant tout⁸², la teneur et l'impact concret des expressions litigieuses afin de conclure à la proportionnalité ou non des ingérences⁸³.

À titre d'exemple, dans l'affaire *Gündüz c. Turquie*, la Cour a estimé que défendre la charia, en reconnaissant son caractère antidémocratique, «sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un 'discours de haine'»⁸⁴. Elle a donc conclu à la violation de l'article 10, car «la nécessité de la

⁷⁷ Arrêt commenté, § 57 (nous soulignons).

⁷⁸ Arrêt commenté, § 8.

⁷⁹ Voy. à cet égard Cour eur. dr. h, arrêt *Orban e.a. c. France*, 15 janvier 2009, § 43.

⁸⁰ Arrêt commenté, § 65.

⁸¹ Au sujet du discours de haine dans la jurisprudence de la Cour, voy. B. RAINEY *et al.*, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, 8^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 495-500.

⁸² Ch. DEPRez et P. WAUTELET, «La question de l'incitation à la haine», in J. Ringelheim et P. Wautelet (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Anthemis, Limal, 2018, p. 180.

⁸³ Voy. notamment Cour. eur. dr. h., *Incal c. Turquie*, préc., §§ 58-60; arrêt *Medhi Zana c. Turquie (n° 2)*, 6 avril 2004, §§ 29-34; arrêt *Otegi Mondragon c. Espagne*, 15 mars 2011, § 54; arrêt *Belek et Velioglu c. Turquie*, 6 octobre 2015, §§ 25-27; arrêt *Döner e.a. c. Turquie*, 7 mars 2017, §§ 102-107; arrêt *Stomakhin c. Russie*, 9 mai 2018, §§ 98-124.

⁸⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, § 51.

restriction litigieuse ne se *trouv[er]ait* pas établie de manière convaincante»⁸⁵. Dans l'affaire *Sürek c. Turquie (n° 1)*, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 10 après avoir analysé concrètement des lettres diffusées et leur impact. La Cour a estimé que le langage haineux des lettres diffusées, qui appelaient à la vengeance sanglante, doublé du contexte terroriste qui régnait en Turquie, était susceptible d'attiser la violence et la haine⁸⁶. De même, dans l'affaire *Leroy*, la Cour ne s'est pas contentée de voir si l'expression litigieuse présentait sous un caractère favorable des faits terroristes mais a également eu égard à l'impact potentiel de l'expression litigieuse considérée comme effectivement susceptible d'«attiser la violence»⁸⁷.

Il est difficile de comprendre les raisons qui ont poussé la Cour à se retrancher derrière la marge d'appréciation nationale et à conclure à la nécessité de l'ingérence sans se pencher sur l'impact réel ou potentiel de l'expression en cause dans la présente affaire. L'attention de la Cour avait pourtant été attirée, par l'organisation non gouvernementale «Article 19», sur le danger que constituent les législations antiterroristes trop larges pour le droit à la liberté d'expression⁸⁸.

Notre première impression se confirme à la lecture de l'avis de la Commissaire aux droits de l'homme, Dunja Mijatović, qui rappelait en 2018 que «la législation antiterroriste ne devrait s'appliquer qu'à des contenus ou activités qui impliquent nécessairement et directement l'emploi de la violence et la menace de recours à la violence pour impressionner la population et créer un climat d'insécurité»⁸⁹.

Cette vision, partagée par de nombreux auteurs⁹⁰, est d'ailleurs conforme aux standards internationaux en matière de lutte contre le terrorisme⁹¹. À ce

⁸⁵ *Ibid.* (nous soulignons).

⁸⁶ *Sürek c. Turquie (n° 1)*, préc., §§ 62-64.

⁸⁷ *Leroy c. France*, préc., § 45.

⁸⁸ Arrêt commenté, § 49.

⁸⁹ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, «L'utilisation de la législation antiterroriste à mauvais escient menace la liberté d'expression», Strasbourg, 4 décembre 2018, disponible sur www.coe.int/fr/web/commissioner/-/misuse-of-anti-terror-legislation-threatens-freedom-of-expression.

⁹⁰ A. MASSON, «De la possible influence de W.O. 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*, 2006, n° 3, p. 239; J. PIERET, «Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme: limites et dérives du performatif juridique», *Rev. fac. dr. ULB*, 2007, vol. 35, pp. 197-228; Fr. TULKENS, *op. cit.*, pp. 487-496.

⁹¹ Fr. DUBUISSON, «Lutte contre le terrorisme et liberté d'expression: le cas de la répression de l'apologie du terrorisme», in S. Jacopin et A. Tardieu (dir.), *La lutte contre le terrorisme*, Pedone, Paris, 2017, pp. 279-281.

sujet, nous renvoyons à l'analyse faite par François Dubuisson au sujet de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et plus particulièrement de l'obligation d'ériger en infraction «la provocation publique à commettre une infraction terroriste»⁹². Cette infraction implique que la provocation soit susceptible d'inciter à la commission d'un acte terroriste⁹³. Il estime que cette définition fait l'objet d'un consensus au niveau international⁹⁴, vision que nous partageons⁹⁵.

Dans un arrêt rendu en juin 2021, déjà évoqué plus tôt, la Cour semble d'ailleurs confirmer cette approche. L'affaire en cause concernait un requérant condamné pour apologie du terrorisme à la suite d'un discours prononcé à l'occasion d'un hommage rendu à un ancien membre de l'organisation terroriste E.T.A. Dans cette affaire, la Cour a eu égard à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et a rappelé très clairement que plusieurs facteurs sont à prendre en compte pour déterminer si effectivement une expression litigieuse peut «passer pour un appel direct ou indirect à la violence ou pour une justification de la violence, de la haine ou de l'intolérance»⁹⁶. En dépit du contexte tendu régnant en Espagne au moment des faits, la Cour a conclu à la disproportion de l'ingérence, le discours n'ayant pas été susceptible d'inciter directement ou indirectement à la violence terroriste⁹⁷.

Dans l'affaire qui nous occupe, la Cour s'est contentée d'affirmer, par référence aux arguments invoqués par la France, que le requérant ne pouvait ignorer que les inscriptions concernées avaient une résonance particulière. Toutefois, cela ne suffit pas, à notre sens, à établir de manière convaincante que la présentation d'une attaque terroriste sous un jour satirique⁹⁸ est susceptible d'entraîner la commission d'autres attaques du même acabit à l'avenir. La Cour aurait dû vérifier, au titre de facteur d'appréciation premier du caractère nécessaire de l'ingérence, si l'expression en cause était susceptible d'inciter à la commission d'un acte terroriste ou plus généralement à la violence, ou du

⁹² Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, adoptée à Varsovie le 16 mai 2005 (vig. 1^{er} juin 2007), article 5.

⁹³ Voy. l'analyse de Fr. DUBUISSON, *op. cit.*, pp. 278-281.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 281-284.

⁹⁵ Cela ressort également de la Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et la lutte contre l'extrémisme violent du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, de l'O.S.C.E., de l'O.E.A. et de la C.A.D.H.P., adoptée à Helsinki le 4 mai 2016, disponible sur www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=19915&LangID=E.

⁹⁶ *Erkizia Almandoz c. Espagne*, préc., §§ 40 et 41.

⁹⁷ *Ibid.*, §§ 42-52.

⁹⁸ Certes, sous le couvert d'un humour plus que douteux et choquant.

moins vérifier si la France invoquait des arguments en ce sens. En l'absence d'une telle vérification, la Cour a, selon nous, manqué l'occasion de réaffirmer le consensus existant au niveau international et européen sur les limites admissibles à la liberté d'expression pour apologie du terrorisme.

C. *Le contexte*

Les faits ayant donné lieu à cette affaire s'inscrivent dans un contexte global d'attentats terroristes. En effet, quelques mois avant le port du t-shirt litigieux par le jeune enfant, en mars 2012, Mohammed Merah commettait des attentats terroristes, d'inspiration djihadiste, à Toulouse et Montauban, causant la mort de sept personnes, dont trois enfants scolarisés au sein d'une école juive. Selon le gouvernement français, la menace terroriste était encore «prégnante»⁹⁹ au moment des faits. À cet égard, la Cour tient compte des «difficultés liées à la lutte contre le terrorisme, question d'intérêt public [*sic*] de première importance dans une société démocratique»¹⁰⁰. Si la prise en compte du contexte d'une affaire est essentielle à son examen – même si nous reconnaissons, bien évidemment, toute la difficulté et l'importance de lutter contre les menaces terroristes, encore actuelles dans notre société –, nous nous demandons si, en l'espèce, la Cour n'accorde pas un poids excessif au contexte des attentats terroristes par rapport au discours en lui-même.

En effet, la Cour rappelle que «si un événement relativement récent peut être traumatisant au point de justifier, pendant un certain temps, que l'on contrôle davantage l'expression de propos à son sujet, il n'en demeure pas moins que la nécessité d'une telle mesure diminue forcément au fil du temps»¹⁰¹. Ainsi, dans l'affaire *Leroy*, la Cour relève que la publication litigieuse est parue seulement deux jours après les attentats du 11 septembre, alors que «le monde entier était sous le choc», ce qui a pour conséquence d'accroître la responsabilité de l'auteur quant à la manière de s'exprimer¹⁰². En revanche, dans l'affaire *Z.B.*, plus de dix ans séparent les attentats de New York des faits litigieux. L'on eût ainsi pu s'attendre à ce que la Cour tienne fermement compte de cet élément temporel, là où cette dernière s'appuie, au contraire, sur le contexte d'attentats terroristes en France pour estimer que l'écoulement du temps ne permet pas d'atténuer la portée du message en cause¹⁰³. L'Avocat général près la Cour

⁹⁹ Arrêt commenté, § 19.

¹⁰⁰ Arrêt commenté, § 59; *Leroy c. France*, préc., § 38.

¹⁰¹ Arrêt commenté, § 59.

¹⁰² *Leroy c. France*, préc., § 45.

¹⁰³ Arrêt commenté, § 60.

de cassation avait pour sa part rappelé «l'importance de se détacher [d'un] du contexte (*des attentats terroristes en France*) pour appréhender justement (*l'affaire en cause*)»¹⁰⁴.

De plus, lorsque le gouvernement français souligne, d'une part, que la Cour de cassation s'est prononcée après les attentats de Charlie Hebdo et de l'Hyper Casher de janvier 2015 et, d'autre part, que les années 2012 à 2014 ont été marquées par des attentats dans plusieurs pays européens¹⁰⁵, il tient compte d'événements qui se sont produits *après* les faits litigieux. Or, s'il convient de tenir compte du contexte d'attentats terroristes dans lequel s'est inscrite l'affaire *Z.B.*, les événements qui lui sont postérieurs ne peuvent, à notre avis, influencer la solution de cette dernière. Cette incohérence n'est pourtant pas relevée par la Cour.

Outre le contexte global de l'affaire, la Cour d'appel de Nîmes, dont la Cour confirme la position, tient compte du «contexte spécifique». La juridiction française relève à ce titre que les faits se sont produits dans un lieu public, et plus particulièrement, dans une enceinte scolaire. Elle estime également que le neveu du requérant a été «instrumentalisé», devenu porteur d'un message dont il ne peut saisir la portée¹⁰⁶. Nous regrettons que la Cour souligne cet élément sans mener de réflexion plus approfondie. En effet, lorsque la cour d'appel juge que le requérant a outrepassé son droit à la liberté d'expression «en utilisant sciemment un enfant de 3 ans, symbole de l'innocence, pour créer une confusion dans l'esprit des lecteurs des inscriptions portées sur le t-shirt et les amener à porter un jugement bienveillant sur des actes odieux et criminels, démontrant [la] sa volonté de les valoriser»¹⁰⁷, l'on peut se demander s'il ne s'agit pas plus d'un procès d'intention que d'un examen objectif de l'affaire. En effet, peut-on vraiment déduire, du port du t-shirt par le jeune garçon, l'induction de confusion dans le chef des lecteurs éventuels, au point de porter un regard bienveillant sur les attentats du World Trade Center? Il s'agit, en fait, d'une hypothèse émise par la cour d'appel. L'on peut regretter que la Cour européenne ait «tout particulièrement» souligné l'instrumentalisation dont aurait fait l'objet cet enfant dans l'enceinte de son école, sans approfondir la réflexion sur ce point.

¹⁰⁴ Arrêt commenté, § 13 (nous soulignons).

¹⁰⁵ Arrêt commenté, § 42.

¹⁰⁶ Arrêt commenté, § 61.

¹⁰⁷ Arrêt commenté, § 11 (nous soulignons).

D. *La sanction*

La peine étant au cœur de l'ingérence litigieuse au droit à la liberté d'expression, il appartenait à la Cour de vérifier si elle était proportionnée¹⁰⁸. En l'espèce, le requérant avait été condamné à une peine de 4.000 euros d'amende et de deux mois d'emprisonnement avec sursis. La Cour conclut à la proportionnalité de cette sanction en ayant égard, d'une part, «aux circonstances spécifiques de l'affaire» concernant le montant de l'amende, et, d'autre part, au sursis octroyé concernant la peine de prison¹⁰⁹.

Le raisonnement de la Cour semble abstrait, surtout face à une sanction pénale qui, comme elle le souligne, est «l'une des formes les plus graves d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression»¹¹⁰. En effet, elle se justifie uniquement en faisant référence «aux circonstances spécifiques» de l'affaire sans avoir égard à la nature même de la sanction. La Cour considère que le sursis assorti à la peine de prison est un élément déterminant pour conclure à la proportionnalité. Cependant, dans plusieurs affaires, la Cour n'a pas manqué de conclure à la disproportion d'une peine dérisoire ou assortie de sursis en raison de sa nature pénale¹¹¹. À titre d'exemple, elle a considéré comme disproportionnée une peine symbolique d'un euro à titre de dommages et intérêts accompagnant une dispense de peine¹¹². De même, dans l'affaire *Eon c. France*, elle a estimé qu'une amende de trente euros assortie d'un sursis était disproportionnée¹¹³. Dans ces affaires, la Cour rappelle que les sanctions de nature pénale, bien que modérées, sont susceptibles d'avoir un effet dissuasif sur la liberté d'expression et ont vocation à être disproportionnées.

D'autres facteurs habituels, comme l'absence d'antécédents judiciaires de la personne¹¹⁴, n'ont pas été pris en compte par la Cour. Dès lors, la conclusion de la Cour relative à la proportionnalité de la sanction semble s'éloigner des principes généralement appliqués dans sa jurisprudence. Dans le cas d'espèce, le requérant affirme que sa démarche était purement humoristique. Appliquer une sanction pénale est susceptible d'avoir un effet dissuasif pour la liberté d'expression de toute personne présentant sous un jour humoristique des

¹⁰⁸ *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §§ 42 et s.

¹⁰⁹ Arrêt commenté, § 67.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Athanasios Makris c. Grèce*, 9 mars 2017, § 38; arrêt *Dickinson c. Turquie*, 2 février 2021, §§ 58 et 59.

¹¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Mor c. France*, 15 décembre 2011, §§ 61 et 62.

¹¹³ Cour eur. dr. h., arrêt *Eon c. France*, 14 mars 2013, §§ 61 et 62.

¹¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Skalka c. Pologne*, 27 mai 2003, § 42; Cour eur. dr. h., arrêt *Shvydka c. Ukraine*, 30 octobre 2014, § 41.

événements qualifiés de «terroristes». Ce risque est exacerbé par le fait qu'il n'existe à ce jour pas de définition légale communément acceptée du terrorisme¹¹⁵. Étant donné que les contours de cette notion ne sont pas clairement définis, l'incertitude plane sur les faits, actes et événements qu'elle est susceptible d'englober. Dès lors, certaines personnes pourraient se retenir de s'exprimer librement, en ce compris de manière humoristique, face à des événements délicats, de peur de voir ces événements qualifiés de terroristes et partant de risquer une condamnation pénale. L'on peut donc regretter que la Cour n'ait pas pris cela en compte.

Conclusion

Depuis le début des années 2000, le monde est marqué par un contexte de menaces terroristes. La Cour y est naturellement sensible et nous la rejoignons entièrement lorsqu'elle juge que la lutte contre le terrorisme est une «question d'intérêt publique [*sic*] de première importance»¹¹⁶. Ainsi, il n'est pas question de remettre ici en cause l'importance fondamentale, pas plus que les difficultés, de la lutte contre le terrorisme.

Cependant, comme la Cour le juge elle-même, la liberté d'expression est également l'un des «fondements essentiels» d'une société démocratique¹¹⁷. Il est primordial de protéger et d'assurer l'exercice effectif de ce droit, dans les limites prévues par la Convention. Ainsi convient-il, afin de préserver nos démocraties, de maintenir un juste équilibre entre, d'une part, le droit à la liberté d'expression et, d'autre part, la lutte contre le terrorisme.

Or, à la lecture de l'affaire *Z.B.*, nous ne pouvons nous empêcher de nous demander si la Cour ne perd pas de vue la notion de juste équilibre. En effet, si la Cour accorde au contexte d'attentats terroristes un poids prépondérant dans son analyse, elle consacre moins d'importance à l'examen du discours litigieux. La Cour adhère sans guère de réserve aux arguments de l'État défendeur alors même qu'il ne nous paraît pas établi de manière convaincante que le discours avait vocation à présenter les attentats du 11 septembre sous un jour favorable et, partant, qu'il était susceptible d'inciter à la violence. En outre, la Cour accorde peu d'importance au caractère pénal de la sanction,

¹¹⁵ Sur la question de la définition du terrorisme voy. B. SAUL, «Defining terrorism, a conceptual minefield», in E. Chenoweth *et al.* (dir.), *The Oxford Handbook of terrorism*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 34-47.

¹¹⁶ Arrêt commenté, § 59.

¹¹⁷ *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., § 49.

qui témoigne pourtant de l'une des formes les plus graves d'ingérence dans la liberté d'expression.

De cette manière, la Cour semble s'éloigner de la vision onusienne partagée par la Commissaire aux droits de l'homme relative au juste équilibre entre la nécessité de lutter contre le terrorisme et celle de protéger la liberté d'expression, selon laquelle seules les ingérences visant à limiter les expressions susceptibles d'inciter à la violence sont justifiées au regard de l'article 10, § 2, de la Convention. On ne peut que déplorer la conclusion de la Cour à l'heure où le délit d'apologie du terrorisme, visé à l'article 421-2-5 du Code pénal français¹¹⁸, permet d'incriminer une série d'expressions qui semblent, bien que choquantes, inoffensives¹¹⁹. La loi française ne définissant pas le terme «apologie», cette expression permet d'englober une série de propos qui n'incitent pas à la violence ou à la commission d'acte terroriste.

C'est ainsi que nous rejoignons Ignatius Yordan Nugraha lorsque, commentant cette même affaire, il estime que «*the main takeaway is that the right to humour comes with 'duties and responsibilities'. In France, these 'duties and responsibilities' would include not casting a terrorist attack in a humorous light, as this could be conflated with an apology for (or even glorification of) terrorism*»¹²⁰.

¹¹⁸ Cet article fut introduit par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Depuis l'adoption de cette loi, l'apologie du terrorisme n'est plus poursuivie sur la base de l'article 23 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse.

¹¹⁹ Pour une série d'exemples, voy. M. LAMBRECHT, «Quand les apologues de la liberté d'expression veulent réprimer 'l'apologie du terrorisme'», *Le Vif*, Opinion, 2 février 2015, disponible sur www.levif.be/actualite/belgique/quand-les-apologues-de-la-liberte-d-expression-veulent-reprimer-l-apologie-du-terrorisme/article-opinion-364355.html.

¹²⁰ I. YORDAN NUGRAHA, «It's just a prank, bro! ZB v. France and a dark humour that turned sour», 12 octobre 2021, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2021/10/12/its-just-a-prank-bro-zb-v-france-and-a-dark-humour-that-turned-sour/>.