



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

Master 2 de Droit pénal et sciences pénales

Codirigé par Messieurs les Professeurs Philippe CONTE et Didier REBUT

2021

***Les infractions de provocation :
essai d'une théorie générale***

Florentin LESIEUR-GABRELLE

Sous la direction de Madame la Professeur Agathe LEPAGE

MÉMOIRE DE RECHERCHE

pour le master 2 de Droit pénal et sciences pénales
codirigé par Messieurs les Professeurs Philippe CONTE et Didier REBUT

Florentin LESIEUR-GABRELLE

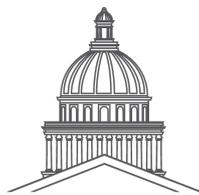
Les infractions de provocation

Essai d'une théorie générale

Sous la direction de

Madame la Professeur Agathe LEPAGE

2021



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

*À ceux qui reposent pour l'éternité au fond de la Méditerranée pendant
qu'au pays des droits de l'Homme se banalise la provocation à la haine
des exilés d'autres rivages.*

SOMMAIRE

Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage

Principales abréviations	VI
Remerciements	IX
Introduction	1

Première partie

L'essence des infractions de provocation

Titre 1. Les contours de la provocation	12
Chapitre 1. L'acte provocant, comportement polymorphe	13
Chapitre 2. L'acte provocant, comportement intentionnel	29
Titre 2. Le résultat de la provocation	38
Chapitre 1. L'acte provoqué, résultat contingent	39
Chapitre 2. L'acte provoqué, résultat qualifiant	47

Seconde partie

Le sens des infractions de provocation

Titre 1. L'autonomie de la pénalisation	60
Chapitre 1. L'insuffisance du droit général, conjoncture catalysante	61
Chapitre 2. L'hypertrophie du droit spécial, conjoncture défailante	69
Titre 2. La légitimité de la pénalisation	80
Chapitre 1. L'incrimination rétributive, finalité apparente	81
Chapitre 2. L'incrimination préventive, finalité subjacente	89

Conclusion	98
Bibliographie	101
Index alphabétique	115
Table des matières	117

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Revues et encyclopédies

<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique pénale (Dalloz)
<i>APC</i>	Archives de politiques criminelles (Pédone)
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>CCE</i>	Communication commerce électronique (LexisNexis)
<i>D</i>	Recueil Dalloz
<i>DP</i>	Droit pénal (LexisNexis)
<i>EDCE</i>	Études et documents du Conseil d'État
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais (Lextenso)
<i>JCl. Communication</i>	JurisClasseur Communication (LexisNexis)
<i>JCl. Lois pénales spéciales</i>	JurisClasseur Lois pénales spéciales (LexisNexis)
<i>JCl. Pénal Annexes</i>	JurisClasseur Pénal Annexes (LexisNexis)
<i>JCl. Pénal Code</i>	JurisClasseur Pénal Code (LexisNexis)
<i>JCP G</i>	La Semaine Juridique, édition générale (LexisNexis)
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>RDPC</i>	Revue de droit pénal et de criminologie (La Charte)
<i>RFP</i>	Revue française de pédagogie
<i>RICPT</i>	Revue internationale de criminologie et de police technique
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Dalloz)

Institutions et juridictions

Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Civ. 1re	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CPI	Cour pénale internationale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
ONU	Organisation des Nations unies

Sources

Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CC	Code civil
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme

Abréviations générales

Al.	Alinéa
Art.	Article
CA	Cour d'appel
Ch.	Chambre
Cham. corr.	Chambre correctionnelle
Dir.	Direction
Éd.	Édition
Ex.	Exemple
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>Infra.</i>	En dessous
Obs.	Observation
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage précédemment cité
P.	Page
PP.	Pages
S.	Et suivantes
<i>Supra.</i>	Au dessus
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TJ	Tribunal judiciaire
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
V.	Voir
Vol.	Volume

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude – immense, indicible – envers Mesdames les Professeurs Julie Alix et Audrey Darsonville, sans qui je n'aurais certainement jamais trouvé ma voie, celle du droit pénal. Elles ont été et demeurent, pour moi, des modèles de rigueur, d'altruisme et d'intelligence qui ne cessent de me guider quotidiennement dans mon travail. Que l'Université française, affaiblie et mise en cause de toutes parts, compte parmi ses rangs de si brillants esprits permet de garder espoir quant à sa pérennité.

Je souhaite également rendre hommage à mes proches qui, à la force de leur inestimable affection et de leur soutien sans faille, m'ont permis d'en arriver là aujourd'hui. Le parcours fut semé d'embûches, mais grâce à cet épaulement, j'ai pu surmonter les obstacles et vivre cinq épanouissantes années d'études. Qu'ils et elles trouvent dans ces quelques lignes l'expression de ma profonde reconnaissance.

« To influence a person is to give him one's own soul. He does not think his natural thoughts, or burn with his natural passions. His virtues are not real to him. His sins, if there are such things as sins, are borrowed. He becomes an echo of some one else's music. »

— Oscar WILDE, *Le portrait de Dorian Gray* (1890)

INTRODUCTION

1. De la conception du mal. – Les philosophes antiques, à travers le socratisme, le platonisme et le stoïcisme, envisagent le mal comme un enjeu métaphysique. Rompant avec l’ambivalence des figures mythologiques, ils vont en proposer une conception morale fondée sur le postulat de l’absurdité du mal délibéré. Ainsi, dans un célèbre dialogue du *Gorgias* écrit par Platon, Socrate affirme que « nul n’est méchant volontairement »¹. Quelques siècles plus tard, l’irruption du christianisme et du lien qu’il induit entre le mal et le péché bouleverse ces axiomes. Le mal devient une faute qui engage la responsabilité de l’Homme en se reflétant dans la notion de culpabilité. Il se conçoit comme un usage de la liberté individuelle et n’est plus un paradigme, mais, au contraire, une preuve de la volonté humaine. Le mythe fondateur de *la chute du jardin d’Éden*² est en ce sens symptomatique que le mal originel y est incarné par la figure d’un instigateur rusé : le serpent. Celui-ci va corrompre la volonté d’Ève en la faisant adhérer à son intention perverse. En la manipulant par le mensonge et les promesses illusoire, il va la provoquer à commettre l’interdit. Se fait jour l’idée d’une mauvaise foi qui se retrouvera par la suite dans les théories kantienne³. Au XVIII^e siècle en effet, Emmanuel Kant considère la volonté de l’Homme comme suffisamment éclairée pour lui permettre d’estimer le mal. En capacité de l’évaluer, il est libre de se tourner vers lui avec résolution⁴. Cette conception est aujourd’hui celle qui sous-tend le droit criminel français, et notamment la théorie de la responsabilité pénale fondée sur le libre arbitre. Elle explique de surcroît l’appréhension de la provocation par l’arsenal répressif. L’instigateur du *jardin d’Éden* est empreint d’une indéniable perversité. Il témoigne d’une complaisance certaine pour le mal dans son intention d’influencer autrui à méconnaître l’ordre⁵. Pénalement, sa déviance et son manque de considération pour la norme vont revêtir le comportement qu’il adopte d’une lourde gravité que la loi se devra de sanctionner.

¹ PLATON, *Gorgias*, Les Belles Lettres, 1997, p. 45.

² *Ancien Testament*, v. « Livre de la Genèse », Chapitre 3, Versets 1 à 7.

³ Olivier REBOUL, *Kant et le problème du mal*, Les presses de l’université de Montréal, 1971, pp. 104 et 105. : « N’est-il pas significatif que le serpent commence par mentir à Ève, et qu’elle ira au fruit défendu avec une conscience trompée, mystifiée ? ».

⁴ Emmanuel KANT, *La religion dans les limites de la simple raison* in *Œuvres philosophiques (Tome III)*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1986, p. 99 : « Il a conscience de la loi morale et il a cependant admis dans sa maxime de s’en écarter ».

⁵ En ce sens, Oscar WILDE utilise l’expression de « mauvaise joie » qui correspond au concept allemand de « *schadenfreude* » : « Il se rendait compte qu’il avait terni son âme, corrompu son esprit, et qu’il s’était créé d’horribles remords ; qu’il avait eu sur les autres une désastreuse influence, et qu’il y avait trouvé une mauvaise joie » (Oscar WILDE, *Le Portrait de Dorian Gray*, in *Œuvres*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1996, p. 558).

2. Transversalité de la provocation. – Mener une étude des infractions de provocation, c'est inévitablement se confronter à la notion maîtresse qui forge ce corpus. Parce qu'elle se retrouve dans diverses branches du droit, mais aussi dans des matières extra-juridiques telles que la psychologie, la sociologie ou la criminologie, la provocation apparaît comme « multiforme »⁶ et « évanescence »⁷. Elle transcende la société en se parant de significations hétérogènes suivant la discipline qui l'appréhende. Dans l'art, le provocateur est l'artiste qui bouscule les traditions. De l'*Origine du monde* de Gustave Courbet⁸ à la *Fontaine* de Marcel Duchamp⁹ en passant par le *Piss Christ* d'Andres Serrano¹⁰, les exemples ne manquent pas dans ce domaine. Dans le militantisme, le provocateur est l'activiste qui use d'un moyen généralement destiné à induire de la gêne ou de l'indignation chez l'auditoire afin de faire entendre sa cause. De l'obélisque de la Concorde transformé en préservatif par les membres d'Act Up Paris pour alerter sur les dangers du VIH aux plus récentes actions menées par les Femens, les illustrations sont pléthoriques également. Le pilier commun semble *a priori* l'idée d'une attitude – celle du provocateur – suscitant une réaction – celle du provoqué –, la seconde conférant à la première sa qualité provocatrice. Au sein même des sciences juridiques, la provocation n'est pas considérée de manière unitaire. Elle relève de l'expression et pourrait paraître neutre envisagée dans une acception causale. Pour autant, on la retrouve en droit substantiel comme en droit procédural, en droit privé comme en droit public, et en droit national comme en droit international. Alors que l'action provocatoire¹¹ du droit civil est légitime, le dol contractuel est tenu pour un vice du consentement et la preuve qui repose sur une provocation policière à l'infraction est déloyale et non recevable en procédure pénale. Tantôt légale, tantôt illégale, la provocation au sein du droit n'est donc guère approuvée uniformément. De surcroît, l'ubiquité de ce comportement dans la société va n'avoir d'égal que la complexité à en donner une définition précise.

3. Approche terminologique de la provocation. – Du latin *provocare* qui signifie « appeler au dehors »¹², le verbe provoquer revêt en français deux significations distinctes au sein du langage commun¹³. D'une part, il peut s'agir de provoquer quelqu'un à adopter un comportement, c'est-à-dire d'inciter, d'exciter ou de pousser autrui à entreprendre une action. D'autre part, il peut s'agir de provoquer soi-même quelque chose, c'est-à-dire d'être la cause de la survenance d'un événement, volontairement ou involontairement. Juridiquement, le second sens ne semble pas avoir un grand intérêt. La provocation en tant que fait générateur au sens large mènerait en effet à envisager l'intégralité des comportements incriminés par le droit pénal dès lors que chaque infraction tend à éviter la réalisation d'un événement – le résultat redouté. C'est donc le premier sens, celui faisant appel à une relation d'influence entre des individus, qui sera retenu. En droit, si le législateur n'en donne pas une définition, la doctrine s'y est essayée. Toutefois, les auteurs ne sont pas unanimes. Monsieur Fabrice Defferrard considère que la provocation est « une action intentionnelle par laquelle une personne, par tout moyen légalement admis, entend influencer la raison d'autrui en vue d'y établir les

⁶ Fernand BOULAN, « La provocation », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, vol. III, PUAM, 1989, p. 9.

⁷ Diane PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, dir. Gaëtan DI MARINO, LGDJ, 2012, p. 1.

⁸ Gustave COURBET, *L'Origine du monde*, Huile sur toile, 1866, Musée d'Orsay.

⁹ Marcel DUCHAMP, *Fontaine*, Urinoir en porcelaine manufacturée, 1917, Musée national d'Art moderne.

¹⁰ Andres SERRANO, *Piss Christ*, Photographie, 1987.

¹¹ C'est-à-dire l'action par laquelle un demandeur tend à contraindre une personne qui prétend avoir un droit à prouver ses prétentions en justice sous un certain délai.

¹² Félix GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, 1934, v. « *Provocare* ».

¹³ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874, v. « *Provoquer* ».

conditions les plus favorables à la commission d'un agissement attentatoire à une valeur protégée »¹⁴. Madame Joëlle Dupuy la définit quant à elle comme « l'expression d'une pensée adressée à autrui afin de lui faire abandonner sa passivité intellectuelle ou physique [...] dans une situation d'infériorité »¹⁵ et Madame Diane Portolano y voit « un concept dual permettant d'engager la responsabilité du provocateur et, en tant que trouble de la culpabilité, d'atténuer celle de la personne provoquée »¹⁶. De ces définitions semblent se dégager trois caractéristiques communes : une intentionnalité, une interactionnalité et une transgressivité. Enfin, il convient de noter que la provocation compte de nombreux synonymes et notions voisines – l'apologie, l'incitation, l'instigation, la propagande, la publicité – de telle sorte que l'étude des infractions de provocation devra passer par une étape essentielle de démarcation des comportements provocants¹⁷.

4. Approche historique de la provocation. – Inhérente à la nature humaine, la provocation a été appréhendée par la majorité des systèmes pénaux depuis l'Antiquité. À Rome, elle constituait déjà un mode de participation criminelle et l'instigateur au crime par ordre, commandement, abus d'autorité ou mandat pouvait être réprimé en tant que complice¹⁸. Quelques siècles plus tard, à l'époque franque, la loi salique prévoyait que « celui qui, par la promesse d'un salaire, provoque à la perpétration d'un meurtre est tenu de payer 62 sous et demi » et que « celui qui engage des esclaves d'autrui à prendre la fuite est passible de la composition de 15 sous »¹⁹. Ces dispositions sont intéressantes car elles envisagent le provocateur comme un auteur à part entière, non comme un participant accessoire au méfait d'autrui. Ces compositions pécuniaires se rapprochent donc de l'idée d'infractions autonomes. Par la suite, au Moyen Âge la conception chrétienne de la réalité a conduit les juges à feindre « de croire à une correspondance directe des actes visibles et des pensées imperceptibles »²⁰. La prohibition de la provocation en tant qu'influence a donc reculé. Ce n'est paradoxalement qu'à l'époque révolutionnaire, alors que la liberté d'expression venait d'être consacrée solennellement²¹, que les provocations ont fait l'objet d'une réelle législation pénale. Ainsi, la loi du 18 juillet 1791 réprimait la provocation aux crimes et délits en tant que mode de complicité²² et la provocation publique au meurtre en tant que délit distinct²³. L'article 60 du Code pénal de 1810 reprit la première de ces dispositions en l'élargissant : « seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ». Néanmoins, conscient des lacunes inhérentes au système de la provocation-complicité qui nécessite notamment la réalisation du résultat redouté, le législateur a ensuite progressivement développé une répression parallèle, sur le fondement d'incriminations autonomes. Présentes dans les lois des 17 mai 1819 et 9 septembre 1835, c'est toutefois la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la

¹⁴ Fabrice DEFFERRARD, « La provocation », *RSC*, 2002, pp. 233 et s.

¹⁵ Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COUV RAT, Université de Limoges, 1978, pp. 1 et 2.

¹⁶ Diane PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, dir. Gaëtan DI MARINO, LGDJ, 2012, p. 445.

¹⁷ V. *infra*, n° 15 et s.

¹⁸ Émile DESGUERROIS, *La complicité*, Université de Montpellier, 1887, p. 43.

¹⁹ Art. 28 et 39 de la loi salique, cités par Émile DESGUERROIS, *La complicité*, Université de Montpellier, 1887, p. 108.

²⁰ Fabrice D'ALMEIDA, *La manipulation*, PUF, 2003, p. 26.

²¹ Art. 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

²² Art. 1^{er} de la loi du 18 juillet 1791.

²³ Art. 2 de la loi du 18 juillet 1791 contre la sédition : « Tout homme qui, dans un attroupement ou émeute, aura fait entendre un cri de provocation au meurtre, sera puni de trois ans de chaîne si le meurtre ne s'en est pas suivi ».

presse²⁴ qui a marqué les esprits et opéré « un grand pas vers la répression de la provocation »²⁵. Ce texte unique dans l'arsenal répressif en matière de pénalisation de l'expression publique a consacré un paragraphe entier aux infractions de provocation. Elle punit non seulement la provocation suivie d'effet²⁶, mais également la provocation non suivie d'effet à certains crimes et délits²⁷. Tandis que, dans la première hypothèse, la loi de 1881 maintient une répression par le truchement de la complicité, dans la seconde, il s'agit de l'instauration d'une pénalisation autonome des comportements provocants. L'article 24 a par la suite fait l'objet de nombreuses modifications, mais il continue aujourd'hui d'être une source majeure d'incriminations de provocation. Dès lors, ce mouvement législatif sous-entendrait que « la théorie de la complicité est aujourd'hui dépassée »²⁸. La suite de cette étude montrera que si ces infractions ont permis de renforcer la pénalisation des provocations, elles se sont toutefois révélées inaptes à résoudre la problématique de la participation criminelle du provocateur²⁹.

5. Approche criminologique du provocateur. – Est un provocateur celui qui, par son comportement, a été la cause déterminante de l'acte provoqué. Il s'agit d' « un individu qui, après avoir imaginé, conçu et calculé une infraction, l'avoir inventée, ne l'exécute pas lui-même, mais le fait volontairement exécuter par un autre »³⁰. Son comportement est essentiellement psychologique puisqu'il ne prend pas part à la matérialité de l'acte dont il souhaite la réalisation. Pour certains auteurs, il s'agit donc d'un « lâche qui recule devant l'accomplissement »³¹ pour espérer pouvoir se soustraire à la justice. Aussi fuyard soit-il, le provocateur n'en demeure pas moins une figure spécifique du crime dont la dangerosité a été mise en évidence à maintes reprises par les criminologues. Ces derniers le présentent comme le cerveau et le moteur de l'infraction³². Étienne De Greeff, qui a théorisé le processus criminel en trois étapes successives³³, affirmait à ce titre que la provocation pouvait être un facteur de passage à l'acte en ce qu'elle permet à l'auteur provoqué de franchir la phase d'*assentiment formulé* pour la phase de *crise*. Cette considération est renforcée par le constat que les instigateurs choisissent généralement leurs cibles avec ruse : « tout l'art du manipulateur est de s'adresser à des personnalités fragiles et, si besoin est, de les fragiliser en les soumettant à des manoeuvres redondantes destinées à user et à abattre leurs défenses »³⁴. La Seconde Guerre mondiale et les génocides du XX^e siècle n'ont fait que confirmer la dangerosité de l'instigateur à grande échelle, notamment mise en lumière par les travaux de philosophes tels qu'Hannah Arendt. Son empreinte sur le crime est telle qu'il a été qualifié par certains criminalistes de « plus grand fléau dans les sociétés »³⁵.

²⁴ Dans la suite des développements, cette loi sera parfois simplement appelée « loi de 1881 » ou « loi sur la liberté de la presse » par commodité de langage.

²⁵ Joseph CARRON, *La provocation délit spécial*, dir. Pierre GARRAUD, Université de Lyon, 1937, p. 8.

²⁶ Art. 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁷ Art. 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁸ Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COUVROT, Université de Limoges, 1978, p. 21.

²⁹ V. *infra*, n° 159.

³⁰ Édouard SILZ, « Auteur intellectuel et auteur moral », *RIDP*, 1936, p. 140.

³¹ Nelly VILDE, *La répression pénale de la provocation*, dir. Robert VOUIN, Université Paris II Panthéon-Assas, 1975, p. 4.

³² V. *infra*, n° 154 et s.

³³ Étienne DE GREEFF, *Introduction à la criminologie*, 1946, pp. 314 et s.

³⁴ Jean-Marie ABGRALL, *Tous manipulés tous manipulateurs*, First, 2003, p. 30.

³⁵ François VIDOCQ, *Mémoires du chef de la police de sûreté*, t. I, Tenon, 1828 : « Retenez bien (...) que le plus grand fléau dans les sociétés est l'homme qui provoque. Quand il n'y a point de provocateurs, ce sont les forts qui commettent les crimes, parce que ce sont les forts qui les conçoivent. Des êtres faibles peuvent être entraînés, excités. Pour les précipiter dans l'abîme, il suffit souvent de chercher un mobile dans leurs passions ou dans leur amour-propre, mais celui qui tente ce moyen de les faire succomber est un monstre ! C'est lui qui est le coupable, et c'est lui que le glaive devrait frapper ».

6. Approche pénaliste de la provocation. – Si la criminologie « racinienne, prétend représenter les délinquants tels qu'ils sont », le droit pénal « plus cornélien, entend décrire les citoyens tels qu'ils devraient être »³⁶. Juridiquement, ce n'est donc pas sous le prisme de la dangerosité qu'est appréhendé l'instigateur, mais sous celui de la gravité. La provocation, en ce qu'elle témoigne d'une extériorisation et d'un développement d'une volonté criminelle, se situe à mi-chemin entre l'intention intériorisée et les actes préparatoires. La répression de cette résolution extériorisée est, dans un État de droit, rendue légitime par un arbitrage entre la protection de la liberté d'expression et la protection de l'ordre public par les infractions³⁷. Est ainsi légitime l'incrimination de la provocation lorsqu'elle est nécessaire à la protection de l'ordre public et qu'elle n'entrave pas la liberté d'expression de façon disproportionnée. Une fois légitimée, la répression peut prendre plusieurs formes suivant les modes de participation criminelle existants dans un État donné. S'agissant de la provocation, il serait possible d'opter soit pour une unité d'incrimination, soit pour une pluralité d'incriminations, et en cas d'unité de réprimer l'instigateur en tant que complice ou en tant qu'auteur. Pour cela, encore faut-il déterminer ce qu'est un auteur. « Suffit-il d'en avoir eu l'esprit, ou faut-il que, joignant l'acte à la pensée, on en ait eu le comportement ? D'un pays à l'autre, les réponses à cette question diffèrent, le droit français ayant opté quant à lui pour la synthèse : est auteur celui qui réunit en sa personne l'élément matériel et moral de l'infraction considérée »³⁸. Traditionnellement depuis le Code pénal de 1810, la provocation relève donc de la complicité et n'accorde à l'instigateur qu'un rôle accessoire dans le processus criminel. Cette solution diffère de celle retenue par certains systèmes répressifs étrangers qui choisissent de le réprimer en tant qu'auteur principal³⁹ sous la qualification d'auteur moral. Toutefois, le législateur, réagissant à l'inadaptation du droit pénal général pour répondre au besoin de sanctionner certaines provocations, s'est lancé sur la voie d'une incrimination autonome plurale des comportements provocants. Débuté à l'aube du XX^e siècle, ce mouvement s'est indéniablement accéléré depuis une vingtaine d'années, de sorte qu'il est aujourd'hui possible de parler d'« un maquis d'incriminations »⁴⁰ dans le droit pénal spécial, formant un corpus dont l'ampleur rend bien difficile l'énumération exhaustive des éléments.

7. Étude renouvelée de la provocation. – L'appréhension juridique de la provocation est loin d'être inexistante. Cette notion a fait l'objet de nombreuses études, majoritairement pénalistes, directes⁴¹ ou indirectes⁴². L'intérêt d'une énième analyse sur ce sujet pourrait donc légitimement se poser. Afin de justifier de la nécessité de mener ce travail, on observera que les travaux cités datent pour la quasi-totalité d'entre eux du XX^e siècle. Ils envisagent la provocation sous un angle notionnel

³⁶ Roger MERLE, « Comment devient-on criminel », *La plume et la parole : mélanges offerts à Roger Merle*, Cujas, 1993, p. 198.

³⁷ Le contrôle suivant la nécessité et la proportionnalité est notamment celui proposé par l'article 10 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

³⁸ Philippe CONTE, Préface à la thèse de Madame Julia POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, PUAM, 2003, p. 2.

³⁹ Nelly VILDE, *La répression pénale de la provocation*, dir. Robert VOUIN, Université Paris II Panthéon-Assas, 1975, pp. 200 et s. et spécifiquement pp. 211 et s. pour le système belge issu du Code pénal de 1867, pp. 214 et s. pour le système espagnol issu du Code pénal de 1928 et pp. 218 et s. pour le droit anglais.

⁴⁰ Expression empruntée à M^{me} Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, dir. Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, Dalloz, 2010, p. 255.

⁴¹ Entre autres, André LEBRETON, *De la provocation aux crimes et délits dans ses rapports avec les lois sur la presse*, dir. Adolphe CHAUVEAU, Université de Rennes, 1901 ; Nelly VILDE, *La répression pénale de la provocation*, dir. Robert VOUIN, Université Paris II Panthéon-Assas, 1975 ; Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COVRAT, Université de Limoges, 1978 ; Nathalie JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, dir. Roger BERNARDINI, Nice, 2000 ; Sophie MARTIN-VALENTE, *La provocation en droit pénal*, dir. Jacques FRANCILLON, Université Paris-Sud, 2002.

⁴² Entre autres, André POCHON, *L'auteur moral de l'infraction : la responsabilité pénale de l'instigateur*, dir. Bernard PERREAU, Université de Caen, 1945 ; Pierre-Guy BISWANG, *La distinction du coauteur et du complice*, Université de Paris, 1963 ; Dominique ALLIX, *Essai sur la coaction : contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, dir. Jean-Claude SOYER, LGDJ, 1976 ; Bernard FILLION, *La responsabilité pénale de l'instigateur*, dir. André DECOCQ, Université Paris II Panthéon-Assas, 1979 ; Julia POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, dir. Philippe CONTE, PUAM, 2003.

et, s'agissant de la répression, comme un des modes de complicité traditionnels de l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal – anciennement 60 du Code pénal de 1810. Dès lors, ils ne rendent pas compte du phénomène moderne de l'incrimination autonome, de « la diversité et de l'éclatement des infractions de provocation »⁴³. Or, c'est précisément ce changement contemporain de paradigme dans la pénalisation de l'instigateur qui mérite qu'une étude lui soit à nouveau consacrée. Celle-ci ne reviendra pas – sauf lorsque cela se révèlera nécessaire – sur les acquis en la matière. Elle se concentrera sur les infractions de provocation, comme son intitulé s'y engage, et ce dans le but de répondre aux questions précises qui se posent à leur égard. Au-delà d'interrogations évidentes sur la caractérisation de ces infractions, nous nous demanderons notamment si à l'épreuve d'une notion aussi large et imprécise que la provocation, le droit pénal est en mesure de rester fidèle à ses principes fondateurs lorsqu'il s'engage dans la répression d'une simple volonté extériorisée, sans que cette manifestation de la pensée n'emporte aucun effet. Face à l'abondance de ces infractions, viendra nécessairement aussi la question de leur raison d'être, de leur(s) objectif(s) et donc de leur sens. En s'intéressant à la question de l'effectivité de la provocation, question étrangère à la répression par le truchement de la complicité, cette étude questionnera également des principes au terme desquels la pensée de l'Homme, tant qu'elle n'est pas matérialisée, est indifférente à la société⁴⁴. Elle se demandera si toute manifestation extériorisée de la pensée susceptible d'influer sur l'ordre public peut devenir l'objet de la loi. En somme, proposer une conceptualisation de cet ensemble se présente comme le défi à relever.

8. Conceptualisation des infractions de provocation. – Le droit pénal, dans ses principes et par sa construction théorique, « représente une des conquêtes les plus remarquables de la rationalité au plan des transactions sociales livrées à la violence »⁴⁵. Soumis au principe de la légalité des délits et des peines, il exige des textes d'incrimination pour sanctionner les comportements humains. Ceux-ci constituent les infractions, véritables « pierres angulaires »⁴⁶ de la responsabilité pénale. Alors que l'étude du droit pénal général permet de la présenter dans ses caractéristiques communes et fondatrices, le droit pénal spécial en propose une appréhension diffractée, par l'approche individuelle des incriminations ou des groupes d'infractions de même nature. En ce sens qu'il vise à la connaissance d'un corpus spécifique, l'examen des infractions de provocation devrait donc relever davantage du droit pénal spécial. Un écueil s'annonce cependant : la quantité d'incriminations, l'hétérogénéité que l'on devine entre elles et leur dissémination dans toutes les branches du droit pénal (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁴⁷, Code pénal⁴⁸, Code de justice militaire⁴⁹, Code de la route⁵⁰, Code de

⁴³ Agathe LEPAGE, « Refus de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'article L.3421-4 du Code de la santé publique », *CCE*, Juillet 2020, n° 57.

⁴⁴ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Rapport au Conseil des Anciens*, 26 Germinal an V.

⁴⁵ Paul RICCEUR, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, 2005, p. 28.

⁴⁶ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 260, n° 268.

⁴⁷ V. art. 23 et 24 et *infra* n°.

⁴⁸ Entre autres : art. 211-2 (Provocation à commettre un génocide) ; art. 223-13 (Provocation au suicide) ; art. 421-2-5 (Provocation à commettre des actes de terrorisme) ; art. 227-18 à 227-21 (Provocation de mineurs à faire usage de stupéfiants, à la consommation habituelle de boissons alcoolisées, à la mendicité, à commettre des crimes ou délits) ; art. 411-11 (Provocation à la trahison ou à l'espionnage) ; art. 412-8 (Provocation à s'armer contre la volonté de l'Etat ou contre une partie de la population) ; art. 413-3 (Provocation à la désobéissance) ; art. 431-6 (Provocation à un attroupement armé) ; art. 433-10 (Provocation à la rébellion) ; art. 227-12 (Provocation à abandon d'enfant).

⁴⁹ Entre autres : art. L.323-2 al. 5 (Provocation à la révolte en temps de paix), art. L.323-3 al. 2 (Provocation à la révolte en temps de guerre) ; art. L.323-5 al. 3 (Provocation à la rébellion).

⁵⁰ Entre autres : art. L.317-5 (Provocation à l'achat ou à l'utilisation de dispositif de dépassement des vitesses) ; art. L.321-1 (Provocation à l'achat de cyclomoteurs non réglementaires) ; art. L.413-2 (Provocation à l'achat ou à l'utilisation de dispositif de nature à déceler ou à perturber les appareils servant à la constatation d'infraction).

la santé publique⁵¹, Code de la défense⁵², Code de la consommation⁵³, Code de la concurrence⁵⁴, Code rural⁵⁵, Code général des impôts⁵⁶, Code de la sécurité sociale⁵⁷, Code de la consommation⁵⁸, Code du service national⁵⁹, Code des vins⁶⁰) ne sont-ils pas des obstacles insurmontables à une étude de ce type ? Face à plus d'une centaine d'infractions, l'impossibilité de dresser une étude de droit pénal spécial classique tout en étant exhaustif s'avère une évidence. D'une part, il serait chimérique de vouloir raisonner sur l'ensemble des incriminations dans leur individualité. D'autre part, il n'est pas envisageable, une fois des hypothèses générales formulées, de les vérifier en les appliquant à chacune d'elles. Dès lors, des imperfections et des omissions seront inéluctables. Pour autant, ce renoncement à la perfection ne paraît pas suffisant pour discréditer d'emblée l'entreprise dans laquelle nous nous engageons, et ce pour deux raisons. Premièrement, le droit, s'il se veut d'être une science, n'a jamais été une discipline dont la rigueur serait comparable aux mathématiques. Les controverses doctrinales parfois enflammées en sont une illustration manifeste. Si deux plus deux font quatre en algèbre, le nombre d'éléments composant l'infraction varie du simple au double selon les conceptions des auteurs. Deuxièmement, si cette étude a vocation à manier principalement le droit pénal spécial, elle porte une certaine volonté de généralisation. Il ne s'agira pas d'envisager les incriminations les unes à la suite des autres, à la manière d'un catalogue ou comme le ferait un manuel, mais au contraire de les appréhender dans leur ensemble, véritablement comme un corpus. Loin des prétentions à l'exhaustivité, l'objectif sera seulement – mais cela n'est pas rien – d'arriver à une synthèse suffisante pour apporter une vision d'ensemble sur les infractions de provocation. Il reste maintenant à déterminer comment s'y prendre. Appliquant la méthode durkheimienne de l'*objectivité*⁶¹, sans trop s'éloigner des incriminations au risque de se perdre, il sera nécessaire de prendre du recul, de « les regarder du dehors »⁶² pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier. En somme : observer ces infractions comme un tout, en se plaçant à la bonne distance pour en déceler à la fois les spécificités et les points communs.

9. De l'ordre dans la réflexion. – Parce que « ranger un univers consiste à établir entre ses éléments une relation de hiérarchie, une relation d'ordre »⁶³, une première étape de notre raisonnement nous conduira à mettre en évidence, catégoriser et ordonner les différentes composantes de ces multiples incriminations pour en appréhender leur essence (Partie 1). Une fois le corpus maîtrisé vis-à-vis de ses caractéristiques intrinsèques, il s'agira de le replacer dans son existence pour en déceler la raison d'être et le dessein spécifique, et ce à travers ce qui se révélera être une quête de sens (Partie 2).

⁵¹ Entre autres : art. L.3421-4 (Provocation au trafic de stupéfiants) ; art. L.3633-3 (Provocation à l'usage de produits dopants).

⁵² Entre autres : art. L.1333-13-2 du Code de la défense (provocations à commettre des infractions dans le domaine des armes nucléaires et des matières qui s'y rattachent).

⁵³ Entre autres : art. L.213-3 du Code de la consommation (Provocation à l'emploi de procédés de falsification).

⁵⁴ Entre autres : art. L.213-3 (Provocation à l'emploi de produits ou d'objets propres à effectuer des falsifications de poids et de mesures)

⁵⁵ Entre autres : art. R.242-46 (Provocation à l'utilisation de médicaments de la part d'un vétérinaire).

⁵⁶ Entre autres : art. 1747 (Provocation à refuser le paiement de l'impôt) ; art. 1799 (Provocation à fausser une déclaration).

⁵⁷ Entre autres : art. L.114-18, art. L.554-4, et art. L.652-7 (Provocations à ne pas se conformer aux prescriptions)

⁵⁸ Entre autres : art. L. 213-3 (Provocations à certaines fraudes) ; art. L.213-3 (Provocation à l'emploi de procédés de falsification).

⁵⁹ Entre autres : art. L.129 (Provocation à l'insoumission).

⁶⁰ Entre autres : art. 286 (Provocation à une hausse injustifiée du prix du vin) .

⁶¹ Émile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 12^e éd., PUF, 2005.

⁶² Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2004, p. 102.

⁶³ Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, 2001, p. 78.

Première partie

L'ESSENCE DES INFRACTIONS DE PROVOCATION

10. Étapes de la conceptualisation. – Étudier les infractions de provocation impose un premier travail d'introspection sur leur essence. En les observant *in vitro*, il sera possible d'en déterminer leurs caractéristiques propres et donc les diverses formes qu'elles sont susceptibles de revêtir. Toutefois, les manifestations du phénomène provocant présentant une infinité de possibilités⁶⁴, il ne sera pas envisageable de les exposer dans une exhaustivité énumérative. L'objectif sera au contraire d'en établir une typologie. Analyser la substance des infractions de provocation consistera ainsi à regrouper les informations tirées de leur observation pour ensuite les proposer sous la forme d'un système coordonné et logique, *in fine* d'une théorie générale ; de là découlera la connaissance de ce corpus alors appréhendé dans son essence⁶⁵. C'est en somme comme cela que se conçoit la mission du juriste qui, fondamentalement, consiste à « transformer la confusion en ordre »⁶⁶.

11. Objets de la conceptualisation. – « Celui-là voit l'effet et celui-ci la cause : sur cette double loi le monde entier repose »⁶⁷. Comme le souligne le poète, l'effet est inévitablement lié à sa cause, le résultat au comportement. L'étude de la provocation nécessite en ce sens de s'intéresser à la fois à ses composantes intrinsèques, mais aussi à ses suites. À cette fin, l'étude de l'essence des infractions autonomes débutera par une analyse du comportement provocant *stricto sensu* (Titre 1). Celui-ci conceptualisé, il sera alors possible de découvrir et de comprendre son effet (Titre 2), c'est-à-dire le résultat redouté qui justifie l'incrimination de la provocation.

⁶⁴ Thomas HOBBS, *Léviathan*, Gallimard, 2000, p. 93 : « Quand nous disons qu'une chose est infinie, nous voulons seulement dire que nous ne sommes pas capable d'en concevoir les termes et les bornes : ce n'est pas de la chose que nous avons une conception, mais de notre incapacité ».

⁶⁵ Agathe LEPAGE, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, dir. Yann PACLOT, Université Paris-Sud, 1998, n° 4, p. 13 : « La connaissance acquise est le résultat du processus qu'est l'information ».

⁶⁶ Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11^e éd., Dalloz, 2018, n° 16.

⁶⁷ Alfred DE MUSSET, *Premières poésies* in *Poésies Complètes*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1957, p. 159.

Titre 1

LES CONTOURS DE LA PROVOCATION

12. Pertinence de la notion de contours. – Définir les contours de la provocation revient à mener une analyse théorique de ses éléments constitutifs spécifiques. L'hétérogénéité qui caractérise ces divers objets juridiques et la myriade de formes que peut revêtir le phénomène imposent toutes deux l'usage du terme « contours » plutôt que celui de « caractéristiques ». Ce vocable a le mérite d'induire d'ores et déjà l'idée d'une imprécision, d'une difficulté à cerner la notion dans l'exhaustivité des comportements qui lui correspondent. Cela indique également la nécessité d'une appréhension circulaire, par la détermination d'un champ d'études de manière négative, c'est-à-dire vis-à-vis de ce qui n'en fait pas partie. En effet, il ne sera parfois pas possible de définir linéairement – par l'adjonction d'une proposition descriptive unique – un des aspects du comportement provocant⁶⁸. Il s'agira alors d'envisager l'élément en question au regard du corpus des infractions de provocation tel qu'un mathématicien conçoit un objet et son appartenance à son ensemble dans la théorie de Cantor⁶⁹. Cette conception permettra d'outrepasser la difficulté en caractérisant la provocation par opposition à ce qu'elle n'est pas, à ce qui lui est extérieur.

13. Nécessité de la définition des contours. – Définir les contours de la provocation est une condition *sine qua non* de l'analyse des infractions de provocation. Cette notion n'y échappe pas, le droit pénal exige une définition des objets qu'il convoque respectueuse du principe de légalité⁷⁰. Dès lors, il n'est pas étonnant que cette étape constitue la première de l'étude. Cette précision des contours de la provocation est d'autant plus importante que le législateur ne la définit pas lui-même. Or, les incriminations font référence à la provocation sans déterminer son essence. Selon que l'on considère que le comportement réponde ou non à la définition, qu'il entre ou non dans les contours de la notion, il y a aura ou non applicabilité des incriminations et *a fortiori* sanction de l'auteur. Les enjeux sont donc considérables et les conclusions devront être des plus rigoureuses possibles. D'une part, il sera constaté que le comportement provocant est empreint d'une polymorphie hypertrophiée (Chapitre 1). D'autre part, il sera démontré que le comportement provocant est éminemment intentionnel (Chapitre 2).

⁶⁸ Les expressions « comportement provocant » et « provocation » sont considérées comme synonymes.

⁶⁹ V. Georg CANTOR, *Fondements d'une théorie générale des ensembles : une percée mathématico-philosophique dans la doctrine de l'infini*, Éditions de l'Infini, 2008.

⁷⁰ Le principe de légalité des délits et des peines constitue le principe fondateur du droit pénal libéral issu de la Révolution française de 1789. Proclamé par les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, il enjoint le législateur « de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (Cons. const. 19-20 janvier 1981, « Sécurité et liberté », n° 80-127 DC : *JORF*, 22 janvier 1981, p. 308).

Chapitre 1

L'acte provocant, comportement polymorphe

14. – Le terme de provocation figure aux quatre coins de l'arsenal répressif français. Il en est donc un élément incontestablement important. À l'heure de sa conceptualisation, et donc de la synthèse, se pose alors la question de son unité face à la multiplicité de son emploi dans la loi pénale. Loin d'être univoque, cette notion se révèle comme symptomatiquement polymorphe. Cette pluralité s'observe autant sur la forme que sur le fond. Elle est de mise non seulement au regard des qualifications utilisées pour la désigner (Section 1), mais aussi au regard des circonstances dans lesquelles elle peut être commise (Section 2). L'acte provocant est donc un comportement indéniablement polymorphe.

Section 1. LA POLYMORPHIE DES QUALIFICATIONS

15. – Les infractions de provocation témoignent d'une particulière polymorphie s'agissant de la qualification du comportement provocant. D'une part, la notion de provocation est en proie à une hétérogénéité notable vis-à-vis de son appellation (§1). De nombreux termes s'en rapprochent ou se confondent avec elle ; il s'agira de notions voisines ou de synonymes exacts. Cette diversité sémantique doit être mise en lumière afin de recentrer l'étude sur le phénomène de provocation *stricto sensu*. D'autre part, les textes d'incrimination font preuve d'une disparité concernant l'explicitation de la notion à travers les termes qui définissent l'infraction (§2). Certaines provocations sont expressément nommées, mais d'autres ne le sont pas. Pour n'écarter inopportunément aucune qualification, il conviendra également de s'y intéresser.

§1. L'APPELLATION DE LA PROVOCATION

16. – Au premier abord, l'appréhension du corpus des infractions de provocation s'annonce comme incertaine à bien des égards. D'un point de vue sémantique, cette catégorie fait référence à une notion dont les contours sont dessinés de manière approximative par la doctrine alors qu'aucune des études qui lui ont été consacrées ne semble emporter l'unanimité. Le phénomène de la provocation renvoie en effet à de nombreuses expressions dans la législation pénale qui, de près ou de loin, paraissent lui être assimilables. Néanmoins, toutes ne sont pas des synonymes exacts (B) et certaines doivent être écartées (A). La remise en cause des synonymies entre ces notions est d'autant plus importante qu'elle sera la première étape vers une précision des incriminations susceptibles de revêtir la qualification d'infraction de provocation.

A. Les synonymes inexacts

17. – Le législateur incrimine un certain nombre d'actes qui tendent à se rapprocher de la provocation. Une analyse rigoureuse de ces agissements conduit néanmoins à les distinguer de cette dernière. Cette démarcation du champ des infractions de provocation par l'exclusion d'incriminations qui ne devraient pas en faire partie est d'autant plus importante qu'elle permettra d'en affiner l'étude et, *a fortiori*, d'en proposer une conceptualisation plus précise. Ainsi, il convient de différencier la provocation d'actes qui divergent au regard de l'objectif poursuivi par leur auteur (1^o) mais aussi au regard de leur influence sur le destinataire (2^o).

1^o La divergence dans l'objectif

18. **Distinction de la provocation et de l'apologie.** – La loi du 29 juillet 1881, qui avait incriminé la provocation publique aux crimes et délits⁷¹, n'en avait pas fait autant de l'apologie. Sa pénalisation, postérieure, résulte de l'une des lois « scélérates »⁷² de la Troisième République visant à réprimer le mouvement anarchiste. Cet historique, qui met en lumière son apparition durant une période liberticide, présage d'ores et déjà d'une distinction entre les deux notions. L'observation de la jurisprudence démontre cependant que la qualification n'a pas été simple à cerner. Dans un premier temps, l'apologie fut assimilée à la provocation dans l'esprit des juges⁷³, ces derniers faisant régulièrement référence à une « provocation indirecte » ayant pour objectif de glorifier un acte criminel « en incitant à le renouveler »⁷⁴. S'il est certain que l'apologie ne peut s'identifier à une provocation directe en raison du relâchement causal qui lui est propre, est-elle réellement susceptible de constituer une provocation indirecte ? Dans un arrêt en date du 11 février 1954, la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble répondre négativement à cette interrogation en affirmant que « l'apologie est une infraction différente de la provocation » dès lors que « ce délit peut être constitué même lorsque l'apologiste n'incite pas au renouvellement du crime »⁷⁵. Criminologiquement, l'apologie est ainsi considérée comme moins dangereuse que la provocation. En ce sens, les auteurs spécialisés dans le contentieux des infractions d'expression affirment traditionnellement que la provocation est tournée vers l'avenir – elle entend pousser autrui à la réalisation d'un acte – tandis que l'apologie serait un regard vers le passé – elle entend justifier un acte criminel déjà réalisé ou glorifier celui qui en est l'auteur⁷⁶. Cette analyse semble d'autant plus pertinente que le législateur a, depuis 1893, toujours maintenu la distinction entre apologie et provocation. Toujours présente dans l'article 24 de la loi sur la

⁷¹ Art. 23 et 24 de loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁷² Loi du 12 décembre 1893, modifiant l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour instaurer le délit de presse d'apologie du terrorisme.

⁷³ Crim. 6 février 1903 : Bull. crim. n° 52 ; dans le même sens, Crim. 26 février 1926 : Bull. crim. n° 82.

⁷⁴ Henri BLIN, Albert CHAVANNE et Roland DRAGO, « Traité du droit de la presse. Ancien Code de la presse de Barbier », *RIDC*, Janvier-Mars 1970, pp. 188 et 189.

⁷⁵ Crim. 11 février 1954 : *RSC*, 1954, p. 367, obs. Pierre HUGUENEY.

⁷⁶ V. Agathe LEPAGE, « Apologie de crimes de guerre : Conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme ; qualification et interprétation », *RSC*, 2005, p. 588 ; Bernard BEIGNIER, Emmanuel DREYER, Bertrand DE LAMY, Nicolas TAVIEAUX-MORO et Emmanuel TRICOIRE, « Droit de la presse et des médias », *JCG G*, Novembre 2009, p. 53.

liberté de la presse⁷⁷, l'apologie est aujourd'hui l'objet d'un certain nombre d'infractions autonomes au sein et en dehors de ce texte. Celle qui concentre à son endroit le plus grand nombre de commentaires et de contentieux demeure l'apologie publique à des actes de terrorisme. Initialement incriminée parmi les infractions de presse, elle fut déplacée en 2014, avec la provocation directe à des actes de terrorisme, depuis la loi de 1881 vers le Code pénal⁷⁸. Lors de ce mouvement, le législateur a procédé à une dissociation particulière des deux actes en maintenant une exigence de publicité pour l'apologie qu'il l'abandonnait pour la provocation. Cette extension discrète de l'infraction de provocation en question est un reflet implicite de la césure qui règne entre les deux notions : la gravité de l'apologie est inférieure à celle de la provocation. L'une et l'autre n'ont pas le même objectif ; la provocation vise à instiller une intention dans l'esprit d'un individu afin qu'il commette un acte dont la survenance est escomptée par le provocateur, alors que l'apologie repose sur un discours qui présente un acte « de telle sorte que le lecteur est incité à porter sur ce crime un jugement de valeur favorable effaçant la réprobation morale qui, de par la loi, s'attache à lui »⁷⁹. En définitive, la répression de l'apologie entend protéger l'exemplarité des décisions de justice en punissant la manifestation d'une opinion prohibée⁸⁰, ce qui n'est pas le cas des infractions de provocation.

19. Distinction de la provocation, de la publicité et de la propagande. – Les actes de publicité et de propagande pénalement sanctionnés sont nombreux et couvrent des domaines divers et variés. Ainsi l'article 223-14 du Code pénal incrimine-t-il la propagande ou la publicité « en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort » – c'est-à-dire le suicide –, et l'article L.3512-4 du Code de la santé publique la publicité et la propagande en faveur du tabac. Ces actes sont définis par la jurisprudence comme « toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support, et toute diffusion d'objets ayant pour but ou pour effet de promouvoir »⁸¹ les agissements considérés. Si certains auteurs ont tenu à distinguer ces deux notions⁸², leur unité au sein de l'arsenal législatif et dans la jurisprudence tend à les présenter comme des synonymes. En revanche, la publicité et la propagande ne peuvent être confondues avec la provocation. À nouveau, et selon le même schéma que pour l'apologie, elles s'en distinguent par l'objectif de leur auteur. Celui qui fait la publicité du suicide n'a pas nécessairement l'intention qu'un individu passe à l'acte, il entend seulement présenter ce dernier sous un jour favorable. Cette analyse semble d'autant plus en conformité avec l'esprit du législateur que ce dernier, à plusieurs reprises, incrimine d'abord la provocation à un acte donné puis la publicité et à la propagande en faveur de ce même acte⁸³. Dès lors, il convient de dissocier les infractions de provocation des infractions de publicité.

⁷⁷ L'alinéa 5 de cette disposition punit de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende l'apologie à un certain nombre de crimes, notamment les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les crimes de réduction en esclavage et les atteintes graves aux personnes.

⁷⁸ Abrogation dans la loi du 29 juillet 1881 et réincrimination immédiate à l'article 421-2-5 du Code pénal par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : l'apologie publique et la provocation à des actes de terrorisme ne sont plus considérées comme des abus de la liberté d'expression mais comme des maillons de l'entreprise criminelle terroriste ; leurs auteurs ne bénéficient plus du régime libéral des infractions de presse.

⁷⁹ TGI Paris, 17e ch., 25 janvier 2002 : *Légipresse*, 2002. I. 26, n° 190-01.

⁸⁰ Christophe BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, 3e éd., Dalloz, p. 291.

⁸¹ Crim. 9 mars 2010, n° 08-88.501 ; Crim. 3 mai 2006, n° 05-85.089 : *RTD*, 2006, n° 929, obs. Bernard BOULOC.

⁸² V. notamment Henri ANGEVIN, « Provocation au suicide », *JCl. Pénal Code*, art. 223-13 à 223-15, 1996, n° 27.

⁸³ En ce sens, l'alinéa 1er de l'article 511-1-2 du Code pénal incrimine la provocation « à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée » alors que son alinéa 2d incrimine la propagande ou la publicité « en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif ». De même, l'article 223-13 du Code pénal incrimine la provocation au suicide et l'article 223-14 la publicité et la propagande en faveur de cet acte.

2° La divergence dans l'influence

20. Distinction de la provocation, de l'excitation et de la favorisation. – Selon René Garraud, l'excitation est « un raffermissement de la résolution chez autrui de commettre un délit »⁸⁴. Ce terme, qui a quasiment disparu du Code pénal après la réforme de 1992⁸⁵, se cantonnerait donc à l'usage intéressé d'une intention criminelle préexistante. L'excitateur s'associe à un projet né dans la volonté d'autrui en l'encourageant à passer à l'acte⁸⁶. Un raisonnement analogue doit être tenu à propos des actes consistant à favoriser ou à encourager autrui à commettre un acte déterminé. Le degré d'influence est moindre dans l'excitation, la favorisation et l'encouragement que dans la provocation ; le provocateur, contrairement aux auteurs de tels agissements, est à l'origine de la décision de l'individu provoqué de commettre l'acte en question.

21. Distinction de la provocation et de la corruption. – La comparaison des notions de provocation et de corruption⁸⁷ mène à observer de nombreuses similitudes entre elles, notamment s'agissant des moyens de leur commission. Néanmoins, contrairement à ce qui a pu être défendu par certains auteurs⁸⁸, l'idée selon laquelle la corruption peut être analysée comme une provocation semble erronée. Qualifiée d'infraction bilatérale par la doctrine⁸⁹, la corruption repose sur un échange. Sans destinataire à corrompre, il ne peut y avoir d'infraction du corrupteur. Du point de vue du corrompu, le fait d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir « un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat » n'est pas pénalement répréhensible si cela ne s'inscrit pas dans un schéma de corruption. Au contraire, hormis l'hypothèse dans laquelle le législateur incrimine la provocation à un acte licite, l'infraction provoquée est punissable en soi. Au regard des influences, le corrompu, par ses fonctions et les actes qu'il est susceptible d'accomplir, va influencer – consciemment ou inconsciemment – la décision du corrupteur de lui proposer « des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques », et en retour le corrupteur va influencer le corrompu afin qu'il commette l'acte délictueux. Au contraire, dans la provocation l'influence est unilatérale. Distinguées sémantiquement par le législateur, ces deux notions ne relèvent pas des mêmes logiques et doivent donc être séparées.

⁸⁴ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. III, 3^e éd., Sirey, 1916, p. 66, n° 909.

⁸⁵ Alors que les articles 334 et 335 du Code pénal de 1810 incriminaient « l'excitation » de mineurs à la débauche, le verbe « exciter » n'est dorénavant présent que dans l'article R.623-3 du Code pénal qui incrimine « le fait, par le gardien d'un animal susceptible de présenter un danger pour les personnes, d'exciter (...) cet animal lorsqu'il attaque ou poursuit un passant ». Il ne s'agit pas d'une provocation, ni même d'une excitation au sens où René Garraud l'entendait, dès lors que l'animal n'est pas appréhendé par le droit comme pouvant avoir une intention criminelle.

⁸⁶ En ce sens, le LITTRÉ définit le verbe « exciter » comme le fait de « pousser à, d'animer, ou d'encourager ».

⁸⁷ Art. 432-11 (corruption passive par des personnes exerçant une fonction publique), art. 433-1 (corruption active d'une personne exerçant une fonction publique par un particulier) et art. 434-1 (corruption passive par un magistrat ou un auxiliaire de justice) du Code pénal.

⁸⁸ V. Paul SAVEY-CASARD, « La réglementation de la complicité dans la partie spéciale du Code pénal de 1810 », *RSC*, 1970, p. 550, dont l'idée est reprise par Bernard-Henri DUMORTIER dans sa thèse sur *L'attribution de la responsabilité en droit pénal des affaires*, dir. Mireille DELMAS-MARTY, Lille, 1977, p. 170.

⁸⁹ Christian DUPEYRON, « L'infraction collective », *RSC*, 1973, n° 2, pp. 357 à 391.

B. Les synonymes exacts

22. – Contrairement aux notions précédemment envisagées, certains termes s'avèrent être des synonymes adéquats de la provocation. À ce titre, le législateur les emploie régulièrement et indistinctement dans les différentes infractions de provocation que connaît le droit pénal français. Il s'agit d'une part de l'incitation et d'autre part de l'instigation.

23. Analogie entre la provocation et l'incitation. – Alors que le Code pénal recense peu d'incriminations « d'incitation », la notion est particulièrement présente dans de nombreux autres codes. Ainsi, l'article L.335-2-1 du Code de la propriété intellectuelle punit l'incitation à l'usage d'un logiciel prohibé, l'article L.114-18 du Code de la sécurité sociale l'incitation à la fraude à la sécurité sociale, et l'article 1747 du Code général des impôts l'incitation au refus ou au retard dans le paiement de l'impôt. Des tentatives de distinction ont été menées, mais force est de constater qu'elles restent peu convaincantes. D'une part, s'il a été soutenu que l'incitation traduirait une emprise moins importante⁹⁰, cette affirmation est à relativiser pour deux raisons. Premièrement, certains textes répressifs mélangent les notions et qualifient expressément de provocation le fait d'inciter à la commission d'un acte⁹¹. Deuxièmement, si l'emprise de l'incitateur est réduite, cela n'en fait pas moins de lui un provocateur ; il s'agira simplement d'une provocation dont la force contraignante est de faible intensité. D'autre part, il a été soutenu que le terme d'incitation était destiné être substitué à celui de provocation lorsque l'acte escompté n'était pas illicite⁹². Là encore, cette interprétation doit être réfutée : la provocation – les développements ultérieurs le montreront – peut tout à fait porter sur un acte qui n'est pas constitutif d'une infraction pénale. Dès lors, au regard de son objectif, de son influence et de l'usage qu'en fait le législateur, l'incitation semble être un synonyme juridique exacte de la provocation.

24. Analogie entre la provocation et l'instigation. – D'après Gérard Cornu, l'instigateur est « celui qui, agissant en sous-main par provocation, abus d'autorité ou instructions en vue de faire réaliser par autrui le projet délictueux qu'il a conçu, en est l'auteur intellectuel mais n'en est pas l'auteur matériel »⁹³. L'instigation est une notion bien connue des pénalistes dans la mesure où elle constitue, avec l'aide et l'assistance, l'une des formes de complicité admises par l'article 121-7 du Code pénal. À ce titre, la doctrine opère de manière classique une césure dans la disposition en considérant le second alinéa comme fondement de la complicité par instigation – celle-ci pouvant, à la lettre du texte, prendre deux formes que sont la provocation et la fourniture d'instructions⁹⁴. Alors que la provocation ne serait qu'une modalité de l'instigation, cette déduction est à relativiser. La fourniture d'instructions ne se conçoit comme une instigation criminelle que si les directives portent sur la commission d'une infraction. Dès lors, celui qui fournit les instructions endosse un rôle de provocateur. Par ailleurs, la fourniture d'instructions ne se retrouve nullement dans le droit pénal spécial, contrairement à l'instigation. Il est donc possible et opportun de tenir pour acquise la synonymie exacte des notions de provocation et d'instigation.

⁹⁰ Henri ANGEVIN, « Provocation au suicide », *JCl. Pénal Code*, art. 223-13 à 223-15, 1996, n° 27.

⁹¹ V. notamment art. 2 de la loi du 18 août 1936, portant abrogation de la loi du 12 février 1924 et réprimant les atteintes au crédit de la nation, qui punit « quiconque aura, par des voies et moyens quelconques, incité le public [...] à la vente de titres de rente ou autres effets publics [...] que ces provocations aient été suivies ou non d'effet ».

⁹² Nathalie JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, dir. Roger BERNARDINI, Nice, 2000, p. 2.

⁹³ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003, « Instigation ».

⁹⁴ V. entre autres Roger MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, PUF, 1957, pp. 199 et s.

25. – En définitive, le corpus d'infractions s'est affiné par l'étude des notions voisines et synonymes de la provocation. Alors que les incriminations d'apologie, de publicité et propagande, d'excitation, de favorisation et de corruption seront exclues du domaine des infractions de provocation *stricto sensu*, celles d'incitation et d'instigation en feront pleinement partie. Dans la suite de l'étude, les termes provocateur et instigateur seront donc utilisés indifféremment. Cette première étape d'ordre sémantique, nécessaire mais non suffisante, conduit à poursuivre sur la voie des qualifications en s'attachant à la question de l'explicitation, par le texte d'incrimination, de la notion de provocation.

§2. L'EXPLICITATION DE LA PROVOCATION

26. – Au travers de l'élaboration du corpus des infractions de provocation, il convient de s'attarder sur la problématique de l'explicitation du comportement provocant. En effet, si la majorité des incriminations nomment expressément la notion au sein du texte (B), certaines répriment – ou sont susceptibles de réprimer – un tel comportement, mais n'en disent pas pour autant le nom. Il s'agit de provocations innommées (A).

A. Les provocations innommées

27. – Certaines infractions se consomment par un comportement relevant de la provocation sans toutefois expliciter sémantiquement cette notion dans la lettre du texte. Il s'agit de provocations innommées dont deux formes méritent d'être mises en lumière. D'une part, il est des infractions dont la provocation est une modalité de commission imprécisée parmi d'autres (1^o). D'autres part, il est des infractions dont la matérialité consiste en une action de « faire faire », qui peuvent elles aussi dissimuler une provocation (2^o).

1^o La provocation imprécisée

28. **La provocation, une modalité de commission parmi d'autres.** – Le principe de légalité⁹⁵ commande au législateur de « définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions »⁹⁶. Une incrimination qui, par son imprécision, permettrait de réprimer un provocateur sans que la notion de provocation ne soit explicitée dans l'élément matériel semblerait donc méconnaître ce principe fondamental⁹⁷. Pour autant, l'observation de la législation pénale et du contentieux qui en découle conduit à entrevoir, dans certaines infractions, des provocations innommées. Elle s'avère alors une modalité de commission parmi d'autres, fruit de la définition lacunaire du comportement infractionnel dans le texte répressif. Ainsi, l'article L.213-1 du Code de la consommation punit « quiconque [...] aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers ». Celui qui commet ce délit

⁹⁵ Art. 8 de la DDHC, art. 34 de la Constitution, art. 7 de la Convention EDH, art. 111-3 du Code pénal.

⁹⁶ Cons. const. 5 mai 1998, n° 98-399 DC, cons. n° 7.

⁹⁷ Claude FRANCK, *JCP G*, 1981, II, 19701, note sous Cons. const. 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC.

de tromperie par personne interposée est sans conteste l'auteur d'une provocation : il influence la volonté d'autrui en l'instiguant à réaliser un acte infractionnel dont il souhaite la survenance. Cette incrimination, lorsqu'elle est commise par l'intermédiaire d'un tiers, s'analyse donc en une infraction de provocation innommée. De même, l'article 223-15-2 du Code pénal punit l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable pour la conduire à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. Si cette incrimination ne mentionne pas explicitement la provocation, celui qui abuse de l'état de vulnérabilité de l'individu pour obtenir de lui la commission d'un acte revêt toutes les caractéristiques du provocateur. Il existe donc des infractions dont la provocation est l'une des modalités possibles de commission alors même qu'elle n'est pas expressément nommée dans le texte d'incrimination.

2° La provocation dissimulée

29. La provocation, une modalité dissimulée dans l'acte de « faire faire ». – Contrairement à l'abstention par « laisser-faire », l'acte de « faire faire » correspond à un comportement positif et nécessairement intentionnel. La parenté des incriminations de tels agissements avec les infractions de provocation est alors rapidement identifiable. Certains auteurs ont d'ailleurs pu définir la provocation comme l'acte de « celui qui fait commettre l'infraction par autrui »⁹⁸. Les exemples sont nombreux : l'article 223-8 du Code pénal punit le fait « de faire pratiquer » une expérimentation sur une personne humaine sans le consentement de l'intéressé ; l'article 226-16 le fait de « faire procéder » à des traitements illégaux de données à caractère personnel ; ou encore l'article R.645-9 le fait de « faire remettre » des monnaies contrefaites ou falsifiées. De manière assez surprenante et tout à fait contestable, la jurisprudence a parfois assimilé le fait de « faire faire » au fait de « faire »⁹⁹. Cette interprétation, qui trouve ses raisons dans des objectifs répressifs, fut dénoncée par une partie de la doctrine¹⁰⁰ qui ne manqua pas de souligner la distinction entre les deux types d'agissements. L'auteur qui « fait faire » est un provocateur, non l'auteur matériel des faits qu'il pousse autrui à commettre. Une incrimination autonome du fait de « faire faire », qui entendait réprimer la provocation de façon générique au titre d'un nouveau mode de participation criminelle, fut d'ailleurs proposée dans certains avant-projets au Code pénal de 1992¹⁰¹. Ces différences considérations vont dans un sens assez certain d'assimilation des infractions de « faire faire » à des infractions de provocation innommées.

B. Les provocations nommées

30. – S'il existe quelques infractions de provocation dont la qualification n'est pas explicite dans le texte d'incrimination, la majorité d'entre elles sont expressément décrites comme telles par le législateur. La provocation est alors nommée et pourra l'être de deux façons : d'une part en explicitant la notion dans la définition de l'acte matériel, d'autre part l'explicitant à travers la qualité de son auteur.

⁹⁸ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, 2^e éd., PUF, 1999, n° 326.

⁹⁹ V. entre autres Crim. 23 janvier 1973 : Bull. crim. n° 30.

¹⁰⁰ Alfred LÉGAL, RSC, 1965, p. 869, note sous TC Belley 4 février 1965.

¹⁰¹ V. notamment art. 2101 de l'avant-projet de Code pénal, Commission de révision du Code pénal, 1976.

31. L'explicitation dans la nature de l'acte. – Au sein du texte d'incrimination, le comportement provocant peut être explicité par la définition même de l'acte matériel. Plusieurs formulations sont utilisées par le législateur sans qu'il ne soit possible de véritablement déceler une différence entre elles. Ainsi, l'article 211-2 du Code pénal punit sans ambages « *la provocation* » à commettre un génocide alors que l'article 223-13 incrimine « *le fait de provoquer* » au suicide d'autrui ; quant à l'article L.129 du Code du service national, il réprime « *quiconque provoque* » à l'insoumission. Ces multiples expressions, dont la liste n'est pas ici exhaustivement dressée, nomment la provocation directement dans la nature de l'acte. Il s'agit de la méthode de qualification la plus souvent rencontrée. Néanmoins, la provocation peut être explicitée autrement : à travers la qualité de l'auteur.

32. L'explicitation dans la qualité de l'auteur. – Dans certaines infractions, le législateur ne fait pas référence à la provocation à travers l'acte matériel, mais au détour de la qualité de l'auteur. Ainsi, le Code de justice militaire vise « *les instigateurs* » d'une révolte¹⁰² ou d'une rébellion¹⁰³, et le Code des transports « *les personnes embarquées [...] si elles ont été les instigatrices* » du soulèvement¹⁰⁴. Dans ces hypothèses, la qualification de provocation au sein du texte d'incrimination est explicitée par la description de celui qui commet l'infraction. Deux remarques peuvent être faites à ce propos. Premièrement, le législateur utilise systématiquement le terme d'« instigateur » au détriment de celui de « provocateur », alors qu'il recourt majoritairement au vocable « provocation » plutôt qu'à celui d'« instigation ». L'auteur d'une provocation serait donc, dans les textes législatifs, nommé l'instigateur. Deuxièmement, il semblerait que cette formulation soit convoquée pour des crimes et des délits collectifs¹⁰⁵ dans lesquels l'auteur de la provocation joue un rôle de « chef » parmi un nombre important d'auteurs matériels potentiels. Il n'en demeure pas moins que, explicitée dans l'acte ou explicitée dans la qualité de l'auteur, ces infractions sont des incriminations nommées de la provocation.

33. – En définitive, la qualification de la provocation est incontestablement marquée par la polymorphie. En plus d'une hétérogénéité sémantique dans les appellations qu'elle est susceptible de revêtir, les textes d'incriminations font preuve d'une diversité dans la manière de l'expliciter. Toutefois, cette pluralité n'est pas propre à la qualification, elle s'observe également dans la manière qu'a le législateur de circonstancier la provocation.

Section 2. LA POLYMPHIE DES CIRCONSTANCES

34. – Les infractions de provocation témoignent d'une particulière polymorphie s'agissant des circonstances attenantes au comportement. D'une part, les incriminations n'envisagent pas toutes de la même manière la définition de l'acte provocant dans sa matérialité, c'est-à-dire vis-à-vis des moyens de provocation qui seront employés par l'instigateur pour exercer son influence (§1). D'autre part, les textes incriminateurs ne sont pas unanimes concernant les exigences qui ont trait à la question de la publicité du comportement réprimé (§2).

¹⁰² Art. L.323-2 al. 5 et art. L.323-3 al. 2 du Code de justice militaire.

¹⁰³ Art. L.323-5 al. 3 du Code de justice militaire.

¹⁰⁴ Art. L.5531-6 du Code des transports.

¹⁰⁵ V. entre autres art. L.323-2 al. 5 (provocation à la révolte en temps de paix), art. L.323-3 al. 2 (provocation à la révolte en temps de guerre) et art. L.323-5 al. 3 (provocation à la rébellion) du Code de justice militaire.

§1. LA MATÉRIALITÉ DE LA PROVOCATION

35. – Lorsqu’il détaille les circonstances dans lesquelles doivent intervenir les comportements provocants pour être punissables, le législateur oscille entre deux modalités d’incrimination s’agissant de leur matérialité. Alors que certaines infractions énumèrent une liste de moyens de provocation déterminés (B), d’autres ne restreignent la répression à aucun moyen particulier (A).

A. Les provocations par un moyen déterminé

36. **Définition des moyens de provocation.** – Joseph Ortolan soutenait que toute provocation à commettre un crime ou un délit n’est pas punissable, encore faut-il « qu’elle ait été accompagnée de quelqu’un des moyens de pression ou d’influence décisive énumérés »¹⁰⁶ par la loi. Un siècle et demi plus tard, cette conviction perdure chez une partie de la doctrine qui estime encore que « pour être punissable, la provocation doit être assortie d’adminicules de manière à impressionner celui à qui est inspirée l’idée de commettre l’infraction »¹⁰⁷. Cette conjecture n’est plus celle retenue par le droit positif, comme en témoigne la pénalisation de provocations par tout moyen¹⁰⁸. Elle reste néanmoins une modalité d’incrimination courante au sein des infractions autonomes sanctionnant l’instigateur. Ces moyens, dits de provocation bien qu’ils ne soient pas propres au phénomène¹⁰⁹, se retrouvent dans les textes sous la forme d’adminicules. Ces derniers matérialisent un ensemble de « manoeuvres visant à modifier les processus décisionnels d’un individu par l’utilisation de techniques individuelles physiques ou psychiques, afin de le placer sous contrôle partiel ou total »¹¹⁰. Dès lors, pour chaque infraction, le législateur semble opérer un choix parmi les moyens existants. En se focalisant sur l’intensité de leur influence, il est possible d’en proposer une typologie binaire : d’une part, ceux qui ne font qu’atténuer le libre arbitre de l’individu provoqué, ce sont les moyens persuasifs (1^o) ; d’autre part, ceux qui s’approchent d’un assujettissement de l’individu provoqué, ce sont les moyens coercitifs (2^o).

1^o Les moyens persuasifs

37. **Les offres, dons, présents ou promesses.** – Dans ces hypothèses, le provocateur convainc autrui en lui offrant ou donnant quelque chose, en lui remettant un présent, voire simplement en le lui promettant. Ces adminicules apparaissent somme toute comme des moyens de provocation modérés. Ils ne semblent pas exercer une influence de nature à annihiler le libre arbitre de la personne provoquée. Contrairement à d’autres adminicules¹¹¹, il ne s’agit pas d’un rapport de force. La répression sur le fondement de l’un de ces moyens traduit donc une volonté de sanctionner très

¹⁰⁶ Joseph ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, Plon, 1867, n° 593.

¹⁰⁷ Philippe SALVAGE, « Complicité », *JCl. Pénal Code*, art. 121-6 et 121-7, 1998, n° 64.

¹⁰⁸ V. *infra*, n° 41 et s.

¹⁰⁹ Les moyens incriminés par les infractions autonomes de provocation ne sont pas propres à ces dernières. On retrouve entre autres la violence, la contrainte et la menace dans l’infraction de viol (art. 222-23 du Code pénal) et les pressions dans l’infraction de harcèlement sexuel (art. 222-33 du Code pénal), et les offres, promesses, et dons dans l’infraction de trafic d’influence (art. 434-9-1 du Code pénal).

¹¹⁰ Jean-Marie ABGRALL, « La manipulation mentale, mythe médiatique ou réalité psychiatrique ? », *Actualité en psychiatrie*, Ardix médical, Juillet 2000.

¹¹¹ V. *infra*, n° 38 et s.

largement les comportements provocants concernés. L'interprétation jurisprudentielle est d'ailleurs en phase avec cet objectif, à tel point qu'un pari a pu être considéré comme une promesse¹¹². Par ailleurs, le législateur ne précisant nullement à quoi correspond l'objet de l'offre, du don, du présent ou de la promesse, les possibilités sont infinies. Les hypothèses les plus régulièrement rencontrées dans le contentieux restent néanmoins classiquement l'argent, un prêt ou un hébergement. S'agissant de la répartition des différents moyens au sein des textes, les offres, les dons et les promesses se retrouvent dans de nombreuses incriminations, à l'image de la provocation à la trahison, de la provocation à l'espionnage¹¹³ ou de la provocation à l'abandon d'enfant¹¹⁴. En revanche, les présents semblent spécifiques aux provocations entravant le bon fonctionnement de la justice¹¹⁵.

2° Les moyens coercitifs

38. Les pressions, menaces ou voies de fait. – Dans ces hypothèses, il ne s'agit plus d'une simple persuasion mais d'un véritable rapport de force entre le provocateur et l'individu provoqué. Les pressions, menaces ou voies de fait vont généralement revêtir un caractère violent et viser la personne dans son intégrité physique. Il pourra néanmoins s'agir d'un chantage psychique, comme le fait pour un homme de menacer sa maîtresse de l'abandonner si elle refuse d'avorter¹¹⁶, ou le fait pour un employeur de menacer ses salariés de licenciement s'ils ne commettent pas un faux témoignage en sa faveur¹¹⁷. Ces situations se rapprochent incontestablement de la contrainte. Toutefois, les provocations par pressions, menaces ou voies de fait ne donnent pas nécessairement lieu à une irresponsabilité pénale de la personne provoquée. En effet, l'interprétation jurisprudentielle de ces moyens est particulièrement extensive et ne requiert pas, dans ce cadre, qu'ils aient annihilé le libre arbitre de l'individu. Cette souplesse dans l'appréciation se retrouve également dans les définitions doctrinales, à l'image des voies de fait qui désignent « toutes les actions qui blessent une personne, dans son corps, dans son bonheur ou dans ses biens, ou qui seulement contrarient ses prétentions »¹¹⁸ ou des pressions qui englobent « les menaces déguisées, les demandes réitérées et pressantes, bref tous les moyens qui aboutissent à créer une sorte de contrainte sur l'esprit de la personne qui les reçoit »¹¹⁹. En revanche, si les juges sont attentifs à l'état de faiblesse ou de dépendance de la personne provoquée, ils refusent de considérer comme des pressions, menaces ou voies de fait de simples suggestions et exigent à tout le moins une certaine insistance¹²⁰.

¹¹² Crim. 28 novembre 1856 : *DP*, 1857, I, n° 28 : « Celui qui, sous forme de pari, s'engage à donner à un autre une somme d'argent, pour le cas où celui-ci commettrait une action qualifiée délit, fait, par cela même, une promesse et provoque ainsi à l'action délictueuse ».

¹¹³ L'article 411-11 du Code pénal réprime « le fait, par promesses, offres, [...] de provoquer directement » à la trahison ou à l'espionnage.

¹¹⁴ L'article 227-12 du Code pénal réprime « le fait de provoquer [...] soit par don, promesse, [...] les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître ».

¹¹⁵ Les articles 434-15, 434-19 et 434-21 du Code pénal répriment « le fait d'user de promesses, offres, présents [...] au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer [autrui, un interprète ou un expert] soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation ».

¹¹⁶ Crim. 25 février 1942 : *D*, 1942.I.91 ; TC Grasse, 8 janvier 1947 : *RSC*, 1947, p. 586, obs. Pierre HUGUENY.

¹¹⁷ Crim. 24 juillet 1958 : *Bull. crim.* n° 573.

¹¹⁸ Philippe-Antoine MERLIN et Louis RONDONNEAU, *Table générale alphabétique et raisonnée des matières contenues dans le répertoire de jurisprudence et dans le recueil alphabétique des questions de droit*, Jean-Pierre Roret, 1829, « Voies de fait ».

¹¹⁹ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 442, n° 568.

¹²⁰ V. notamment Crim. 26 janvier 1972 : *Bull. crim.* n° 35.

39. L'ordre et l'abus d'autorité ou de pouvoir. – Dans ces hypothèses, le provocateur va non seulement exercer une coercition à l'égard de l'individu provoqué, mais de surcroît fonder son comportement sur un rapport hiérarchique. Si les trois notions semblent assez proches, l'ordre est une notion d'autant plus large qu'elle n'exige pas un lien réel d'autorité ou de pouvoir¹²¹. Quant à l'autorité, elle n'est pas exclusivement juridique ; la jurisprudence précise qu'il peut s'agir de tout lien de droit ou de fait¹²². À titre d'illustration, est ainsi réprimé afin de protéger l'espèce humaine le fait « par ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée »¹²³, c'est-à-dire un clone.

40. – Ces provocations par des moyens déterminés, que certains auteurs qualifient de « circonstanciées »¹²⁴, tendent à devenir minoritaires dans le corpus des infractions de provocation. Poursuivant un objectif répressif, le législateur s'oriente progressivement vers une répression de l'instigation par tout moyen.

B. Les provocations par tout moyen

41. L'existence des provocations par tout moyen. – Dans certaines infractions, la provocation peut se manifester par tout moyen. Cela se produit lorsque le législateur ne précise pas, au sein des textes d'incrimination concernés, le mode opératoire suivant lequel le provocateur doit avoir exercé son influence. Plus exactement, soit il reste totalement silencieux à ce propos, soit il ajoute une expression consacrée. Ainsi, est puni le fait « de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants »¹²⁵, « de provoquer directement un mineur à commettre un crime ou un délit »¹²⁶, « de provoquer à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population »¹²⁷, ou encore « de provoquer des militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère ».¹²⁸ Dans ces quelques illustrations, la provocation peut s'exercer par tout moyen, aucune précision n'étant donnée par la loi pénale. Des incriminations sont néanmoins plus bavardes et se parent d'une formulation superfétatoire. Ainsi, des locutions telles que « par un moyen quelconque », « par quelque(s) moyen(s) que ce soit »¹²⁹ ou « de quelque manière que ce soit »¹³⁰ peuvent être insérées. Ces précisions sont redondantes et n'apportent aucune indication, si ce n'est le témoignage d'une rédaction mal maîtrisée par le législateur dès lors qu'il lui suffirait de garder le silence quant aux moyens de commission de la provocation – ce qu'il fait d'ailleurs pour d'autres infractions¹³¹.

¹²¹ Crim. 18 mars 2003 : Bull. crim. n° 70.

¹²² Crim. 24 novembre 1953 : Bull. crim. n° 304.

¹²³ Art. 511-1-2 du Code pénal.

¹²⁴ V. entre autres Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 26^e éd., Dalloz, 2019, p. 319, n° 357 ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 12^e éd., Dalloz, 2021, p. 342, n° 330.

¹²⁵ Art. 227-18 du Code pénal.

¹²⁶ Art. 227-21 du Code pénal.

¹²⁷ Art. 412-8 du Code pénal.

¹²⁸ Art. 413-1 du Code pénal.

¹²⁹ Art. 413-3 du Code pénal (provocation à la désobéissance des militaires ou des assujettis), art. L.114-18 du Code de la sécurité sociale et art. L.725-15 du Code du travail (provocation à ne pas se conformer aux prescriptions de la législation de la sécurité sociale), art. L.321-18 du Code de justice militaire (provocation à la désertion), etc.

¹³⁰ Art. L.1333-13-2 du Code de la défense (provocations à commettre des infractions dans le domaine des armes nucléaires et des matières qui s'y rattachent).

¹³¹ V. *supra*, n° 42.

42. L'intérêt des provocations par tout moyen. – Selon René Garraud, « l'instigation seule, même suivie d'un résultat, ne manifeste pas une volonté assez sérieuse de la part du provocateur et ne constitue pas une pression suffisante sur la volonté d'autrui [pour être punissable] »¹³². Les développements précédents démontrent que telle n'est pas l'opinion du législateur contemporain qui pénalise un certain nombre de provocations par tout moyen. Il convient alors de s'interroger sur l'avantage que représente cette modalité d'incrimination. Cette imprécision revêt, semble-t-il, deux intérêts majeurs. Premièrement, et de manière assez logique, cela permet une répression plus large des comportements provocants. D'une part, certains actes seraient insusceptibles d'être sanctionnés sur le fondement de la complicité par provocation parce qu'ils ne correspondraient à aucun des adminicules de l'article 121-7 du Code pénal¹³³. D'autre part, certains actes seraient en dehors du champ de la répression s'ils ne s'identifiaient à aucun des moyens prévus par une infraction autonome dont les modes de provocation seraient limitativement définis par le texte d'incrimination. Outre l'aspect répressif, cette rédaction aboutit juridictionnellement à une économie dans la motivation des jugements qui s'avérera dès lors peu exigeante. Les juges, bénéficiant d'une faveur du législateur, n'auront pas à se soucier du moyen par lequel a été commise la provocation. Ils pourront entrer en voie de condamnation sans avoir à se soucier d'une démonstration de concordance entre le comportement provocant et l'un des moyens légalement prévus par le texte appliqué à l'espèce. L'un des objectifs des infractions autonomes de provocation étant l'élargissement du champ répressif, il n'est guère étonnant que cette modalité d'incrimination ait gagné la préférence du législateur et tende à devenir majoritaire, au détriment des traditionnels adminicules observés dans les provocations circonstanciées.

43. – Alors que les provocations circonstanciées sont susceptibles de restreindre la pénalisation du comportement provocant, l'imprécision des infractions de provocation par tout moyen permet une « répression élastique »¹³⁴ des instigateurs. Toutefois la largesse du champ recouvert par les nombreux moyens de provocation a permis à certains auteurs d'affirmer que, lorsqu'ils sont convoqués ensemble dans la loi « sans doute, le principe de légalité impose-t-il aux juges de s'en tenir [aux termes des moyens énumérés] ; mais la formule est si large qu'en pratique, elle recouvre toute la matière utile »¹³⁵. Ces deux modalités d'incrimination tendent donc à se rejoindre et le tracé des circonstances dans lesquelles se produit le comportement doit être poursuivi à travers d'étude de sa publicité.

§2. LA PUBLICITÉ DE LA PROVOCATION

44. – Les infractions de provocation ne témoignent pas d'une exigence unanime au regard de la publicité du comportement incriminé. Alors que, de manière classique s'agissant d'infractions d'expression, le droit pénal a commencé par se saisir de provocations publiques (A), il s'est ensuite affranchi de cette condition en sanctionnant des provocations dénuées de publicité (B).

¹³² René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. III, 3^e éd., Sirey, 1916, p. 72, n° 911.

¹³³ L'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal réprime comme complice par provocation « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ». Si le comportement provocant ne correspond à aucun de ces six adminicules – don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité, abus de pouvoir –, la provocation, bien que suivie d'effet, ne peut donc être sanctionnée sur ce fondement.

¹³⁴ Expression empruntée à M^{me} Audrey DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », *Le principe de nécessité en droit pénal*, dir. Olivier CAHN et Karine PARROT, Lextenso, 2013, p. 105.

¹³⁵ Jean-Paul DOUCET, *Le jugement pénal*, Gazette du Palais, 1991, p. 283.

A. Les provocations publiques

45. Les enjeux de la publicité. – Les provocations publiques, comme bon nombre d'infractions d'expression qui requièrent une circonstance de publicité, sont au cœur du chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881¹³⁶. Les incriminations prévues dans ce texte ont d'ailleurs cette exigence pour caractéristique commune et à défaut, le comportement ne tombe pas sous le coup de ses dispositions. Elles ne sont pour autant pas l'apanage de la loi sur la liberté de la presse comme en témoigne la provocation publique à commettre un génocide¹³⁷. Si pour ces différentes infractions le législateur pose une exigence de publicité, c'est qu'il considère – à raison – que ce qui est diffusé publiquement est davantage source de troubles à l'ordre public que ce qui est proféré à titre privé. René Garraud écrivait à ce titre que « la provocation lancée à une foule anonyme est une allumette enflammée jetée dans un tas de matières explosives »¹³⁸. En effet, le provocateur va s'adresser à une masse « pour tirer parti de son instinct grégaire ou pour pousser à l'action un esprit faible »¹³⁹. Et en pratique, même lorsque l'incrimination n'exige pas la publicité, la provocation réprimée aura souvent été commise dans ce cadre car une pluralité d'individus est plus facilement manipulable qu'une personne isolée¹⁴⁰.

1° Le support de la provocation

46. Les supports publics de la provocation. – Les différents supports publics sont prévus par l'article 23 alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881. Cette disposition retrace une histoire des modes de communication en énumérant, dans l'ordre chronologique de leur apparition, les divers procédés qui permettent à l'Homme de rendre public son message. Ainsi, il peut s'agir de « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics » ou « 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 ». Aucune hiérarchie juridique n'est dressée entre ces modes de communication. Que le moyen soit rudimentaire ou avancé, il est susceptible d'être porteur d'une provocation publique. De même, le texte n'établit aucune différence entre les modes qui reposent sur une communication directe au public et ceux basés sur un vecteur de transmission, c'est-à-dire un média. Ces supports sont juridiquement égaux pour caractériser la publicité. On note simplement que parmi tous ces modes de communication, la menace apparaît comme « inutile »¹⁴¹ et fait figure d'intrus dès lors qu'elle ne fait pas référence au support mais au contenu de l'expression.

¹³⁶ V. *infra*, n° 141 et s.

¹³⁷ Cette infraction de provocation est prévue à l'article 211-2 du Code pénal qui, à ce titre, s'avère être un véritable concurrent à la loi du 29 juillet 1881, v. *infra*, n° 146.

¹³⁸ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. III, 3^e éd., Sirey, 1916, p. 77, n° 914.

¹³⁹ Jean-Paul DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine*, Gazette du Palais, 1999, p. 177.

¹⁴⁰ V. à ce propos Gabriel TARDE, « Foules et sectes au point de vue criminel », *Revue des deux mondes*, 15 novembre 1893, pp. 349 à 387.

¹⁴¹ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 1226, n° 1556.

47. L'adaptation aux évolutions technologiques. – La loi du 29 juillet 1881 témoigne à travers l'énumération de l'article 23 d'une particulière adaptabilité aux évolutions technologiques¹⁴². L'expression « moyen de communication au public par voie électronique »¹⁴³ englobe en effet l'intégralité de la communication audiovisuelle ainsi qu'internet. Ces nouveaux vecteurs d'expression sont rapidement apparus comme autant de procédés susceptibles d'être utilisés pour réaliser des infractions. S'agissant des provocations, par « le nombre de personnes recevant les messages, la force des images et des sons et leur puissant impact sur le public »¹⁴⁴, la radio, la télévision et internet – notamment à l'ère des réseaux sociaux – ont offert un espace d'influence à grande échelle pour les instigateurs. Si de nombreux problèmes juridiques se sont posés à leur endroit, le législateur et la jurisprudence s'y sont progressivement accommodés, de sorte qu'ils apparaissent aujourd'hui comme des modes de communication maîtrisés et soumis au droit comme le sont les supports plus anciens¹⁴⁵.

2° La publication de la provocation

48. Les lieux ou réunions publics. – La notion de publication est fondamentale en matière d'infractions de provocation publique. En effet, pour reprendre l'expression consacrée, « c'est la publication qui fait l'infraction de presse »¹⁴⁶. Il s'agit de l'acte par lequel le message est rendu accessible au public, il faut donc que le provocateur s'exprime publiquement. Cela peut, selon l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, avoir lieu « dans des lieux ou réunions publics ». Sans entrer dans les détails de ces notions, le lieu public et la réunion publique doivent être distingués. Le lieu public peut l'être par nature, lorsqu'il est « accessible à toute personne sans condition et à tout moment »,¹⁴⁷ ou par destination, lorsque « l'accès est réservé à certaines personnes et sous certaines conditions »¹⁴⁸. Par ailleurs, un lieu privé peut devenir public sous certaines conditions¹⁴⁹. La réunion publique, quant à elle, est un rassemblement au même endroit de plusieurs personnes dont le caractère public s'apprécie au regard du critère jurisprudentiel de la « communauté d'intérêts »¹⁵⁰. En application de ce concept, n'est pas publique la réunion où « par une appartenance commune, des aspirations ou des objectifs partagés, les personnes ayant à connaître d'un propos [...] forment une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçus comme des tiers par rapport à son auteur »¹⁵¹.

¹⁴² Bernard FILLION, *La responsabilité pénale de l'instigateur*, dir. André DECOCQ, Université Paris II Panthéon-Assas, 1979, p. 213, n° 246.

¹⁴³ Formulation issue de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁴⁴ Bertrand DELCROS et Jacques FRANCILLON, « Communication audiovisuelle », *JCl. Pénal Annexes*, fasc. 2.

¹⁴⁵ Sur la question de l'adaptation du droit pénal à internet, v. Agathe LEPAGE et Thierry BONNEAU (dir.), *Information, numérique et innovations*, Éditions Panthéon-Assas, 2020 ; Basile ADER, « La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet », *Légipresse*, 1997, II. 65, n° 142 ; Patrick AUVRET, « L'application du droit de la presse au réseau internet », *JCP G*, 1999, I, 108.

¹⁴⁶ V. Agathe LEPAGE, « Refus d'insertion d'une réponse et compétence juridictionnelle », *CCE*, Avril 2007, n° 62 ; Christophe BIGOT, « Presse et communication », *JCl. Lois pénales spéciales*, fasc. 140, n° 19.

¹⁴⁷ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 1226, n° 1557.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Un commerce sera par exemple public durant les heures d'ouvertures, v. TGI Caen, 2 mars 1880 : *D*, 1880.II.218.

¹⁵⁰ *Crim.* 26 novembre 1979 : *D*, 1980.I.442.

¹⁵¹ Définition de la communauté d'intérêt donnée par M. Yves MAYAUD in « De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de la publicité », *RSC*, 1998, p. 104.

49. La présence et la volonté d'un public. – En outre, pour qu'une provocation soit considérée comme publique, il faut qu'elle ait été tenue soit dans un lieu ou une réunion public où la présence d'un public était avérée, soit dans un lieu ou une réunion public où la présence d'un public était potentielle. La simple possibilité peut donc suffire. Dès lors il n'est absolument pas nécessaire qu'un grand nombre de personnes aient été témoins de la provocation, il pourra même n'y en avoir eu aucune. En revanche, il est impérativement nécessaire que le provocateur ait eu la volonté de rendre publics ses propos. Cette exigence ressort du verbe « proférer » inscrit à l'article 23 et fait l'objet de rappels réguliers par les juges de cassation¹⁵². L'intention de la publicité par l'instigateur est particulièrement bien décrite par René Garraud qui affirme, à propos des mouvements anarchistes du XIX^e siècle, qu'il y a « les théoriciens, qui excitent au crime, qui disent comment il faut le commettre : ils lancent, à tous les vents de la publicité, leurs appels homicides ; ils envoient des conférenciers ; ils écrivent des livres et des brochures ; ils donnent des recettes d'explosifs ; puis ils attendent tranquillement, dans leur cabinet, que la graine des futures moissons anarchistes ait germé, qu'un compagnon réalise l'idée et exécute l'acte. »¹⁵³.

50. – La publicité, assortie des progrès technologiques, démultiplie les supports et l'impact de la provocation. Elle est à la fois « un vecteur et un facteur de provocation »¹⁵⁴. Il n'en demeure pas moins que de nombreuses infractions n'exigent pas un comportement provocant public. En l'absence de publicité, il s'agira donc de provocations privées.

B. Les provocations non publiques

51. La dangerosité des provocations non publiques. – Si les provocations non publiques peuvent sembler moins dangereuses, et donc moins sujettes à tomber sous le coup de la loi pénale, ce serait faire l'impasse sur l'idée que « la force des conseils prononcés au cours de relations interpersonnelles vient de ce que les auditeurs les prennent plus facilement pour des propos anodins, désintéressés, dépourvus de toute intention de manipuler : ils sont donc potentiellement persuasifs précisément parce qu'ils ne sont pas perçus comme tels »¹⁵⁵. C'est en souscrivant à cette doctrine que le législateur a procédé à une incrimination autonome croissante de provocations non publiques. On en distingue deux types : d'une part, les provocations qui sont, dans le Code pénal, le pendant non public d'une incrimination de la loi du 29 juillet 1881 ; d'autre part, les provocations qui sont volontairement incriminées en dehors de la loi du 29 juillet 1881 afin de s'affranchir de l'exigence de publicité.

52. Les provocations excluant la publicité. – Dans la première catégorie se trouvent notamment la « provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée »¹⁵⁶ et la « provocation non publique à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou

¹⁵² Crim. 17 novembre 1883 : Bull. crim. n° 260 ; Crim. 8 avril 2014, n° 12-87.497.

¹⁵³ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. V, 3^e éd., Sirey, 1916, p. 7, n° 1749.

¹⁵⁴ Sophie MARTIN-VALENTE, *La provocation en droit pénal*, dir. Jacques FRANCILLON, Université Paris-Sud, 2002, pp. 86 à 114.

¹⁵⁵ Grégory DERVILLE, *Le pouvoir des médias, mythes et réalités*, Presses universitaires de Grenoble, 1997, p. 22.

¹⁵⁶ Art. R.625-7 al. 1^{er} du Code pénal.

d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, ou de leur handicap, ainsi que la provocation non publique, à l'égard de ces mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 »¹⁵⁷ du Code pénal. Pour ces infractions de provocation, l'objectif est de réprimer un comportement qui, faute de publicité, n'aurait pas pu l'être par l'article 24 de la loi sur la liberté de la presse¹⁵⁸. Le législateur précise donc que l'incrimination ne s'applique qu'à défaut de publicité¹⁵⁹.

53. Les provocations indifférentes à la publicité. – Dans la seconde catégorie se trouve la majorité des infractions qui composent le corpus de cette étude. Entre autres, il s'agira de la provocation à commettre des actes de terrorisme¹⁶⁰, de la provocation au suicide¹⁶¹ ou encore de la provocation d'un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants¹⁶². Si ces incriminations n'exigent pas la publicité du comportement provocant, elles peuvent bien évidemment pour autant être commises dans un contexte public. Cette circonstance demeurera indifférente au regard de la culpabilité, ce qui économisera au juge la part de motivation qu'il aurait dû y consacrer dans le cas inverse. Elle sera, en revanche, très certainement prise en compte dans la détermination de la peine ; l'instigateur qui agit publiquement étant considéré comme l'auteur d'un acte juridiquement plus grave et révélateur d'une dangerosité criminologique plus élevée. De plus, l'apport de la preuve sera généralement facilité par cette circonstance.



54. Conclusion du chapitre 1. – La provocation existe au sein de l'arsenal pénal entourée d'une myriade de comportements d'influence qui, s'ils relèvent de notions voisines, ne constituent pas des provocations *stricto sensu*. Par ailleurs, les infractions de provocation sont hétérogènes au regard de l'explicitation de la notion dans le texte incriminateur. Ces deux considérations témoignent d'une polymorphie du comportement provocant s'agissant de sa qualification. S'y ajoute une polymorphie vis-à-vis des circonstances. Alors que certaines infractions exigent que la provocation soit commise par un moyen énuméré, d'autres ne posent pas de telle restriction, et quand certaines infractions exigent un contexte de publicité ou de non-publicité, d'autres sont indifférentes à cette circonstance. En définitive, c'est bien comme un comportement polymorphe qu'apparaît l'acte provocant dans le corpus de cette étude. Il s'agit de surcroît d'un comportement intentionnel.

¹⁵⁷ Art. R.625-7 al. 2nd du Code pénal.

¹⁵⁸ Les alinéas 7 et 8 de l'article 24 répriment, avec une exigence de publicité, les provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (al. 7) et les provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap (al. 8).

¹⁵⁹ Le texte ne s'applique selon la formule, qu'en cas de « provocation non publique ».

¹⁶⁰ Art. 421-2-5 al. 1^{er} du Code pénal.

¹⁶¹ Art. 223-13 du Code pénal.

¹⁶² Art. 227-18 du Code pénal.

Chapitre 2

L'acte provocant, comportement intentionnel

55. – Pour être punissable, le provocateur doit avoir agi intentionnellement. Cette exigence d'une intention criminelle est constante dans la jurisprudence et se justifie aisément. En effet, c'est précisément sa volonté qu'un tiers commette un acte préjudiciable qui fonde la répression. En eux-mêmes, les manoeuvres matérielles ne représentent pas des actes criminels. Que ce soit des dons, des promesses ou même des pressions, s'ils n'étaient pas tendus vers le but d'attenter à une valeur sociale protégée, il n'y aurait pas lieu à développer un tel arsenal répressif. C'est donc l'intention particulièrement grave du provocateur qui justifie sa sanction. Cet élément moral de l'infraction est indubitablement coloré d'une subjectivité attenante à la notion (Section 1). Toutefois, on dénote une tendance à l'objectivation progressive de cette intention criminelle de l'instigateur (Section 2).

Section 1. LA SUBJECTIVITÉ DE L'INTENTION

56. **Présentation de l'élément moral.** – La loi pénale prévoit qu'en principe « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »¹⁶³. L'élément moral de l'infraction « constitue la clef de voûte de la théorie générale de la faute »¹⁶⁴. Les approches de l'intention sont multiples en doctrine. Deux principaux courants s'opposent sur ce sujet, à tel point qu'il a pu être qualifié d'« inépuisable champ de controverses »¹⁶⁵. D'une part, la doctrine classique, synthétisée par Émile Garçon, a longtemps eu les faveurs du législateur pénal. D'autre part, la doctrine réaliste, notamment défendue par Enrico Ferri¹⁶⁶ puis par les auteurs de la défense sociale nouvelle¹⁶⁷, fait preuve d'un attachement particulier aux mobiles de l'infraction. Ainsi, comme le font remarquer Messieurs Merle et Vitu, « toute la difficulté consiste à s'entendre sur le contenu de cette attitude psychologique »¹⁶⁸ alors même que le Code pénal ne définit pas¹⁶⁹.

¹⁶³ Art. 121-3 al. 1^{er} du Code pénal. Ce principe compte néanmoins des exceptions comme le note M. Mikaël BENILLOUCHE in « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction. Plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC*, 2005, pp. 529 et s. : « Ce principe est intangible en matière criminelle et fait l'objet des exceptions prévues par les alinéas 2 à 4 en matière délictuelle. Ces alinéas précisent que, lorsque la loi le prévoit, il peut exister des délits en cas de faute. Il existe donc des délits non intentionnels, mais à titre exceptionnel, et seulement lorsque la loi le prévoit de façon expresse. En conséquence, en l'absence de précision contraire, toutes les incriminations criminelles ou délictuelles sont intentionnelles ».

¹⁶⁴ Jean PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme », *L'évolution du droit criminel contemporain. Recueil d'études à la mémoire de Jean Lebrat*, PUF, 1968, p. 182.

¹⁶⁵ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 423, n° 431.

¹⁶⁶ V. Enrico FERRI, *La sociologie criminelle*, 3^e éd., Dalloz, 2004.

¹⁶⁷ V. Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1954, p. 111 ; Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Cujas, 1964.

¹⁶⁸ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 423, n° 431.

¹⁶⁹ Roger BERNARDINI, *L'intention coupable*, dir. Raymond GASSIN, Université de Nice, 1976 ; Emmanuel WAGNER, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, dir. André VITU, Université de Clermont-Ferrand, 1977.

57. Diversité des dols dans l'élément moral. – Classiquement, l'intention est présentée comme pouvant consister en un dol général, un dol spécial, un dol aggravé, un dol éventuel voire un dol indéterminé. Ces distinctions ne sont toutefois pas reprises par le législateur dans l'article 121-3 du Code pénal qui est formulé en termes généraux¹⁷⁰. Quoi qu'il en soit, l'élément moral des infractions intentionnelles est *a minima* constitué d'un dol général. Il s'agit de « la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est défini par la loi » doublée de « la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales »¹⁷¹. À ce « plus petit dénominateur commun »¹⁷² peuvent s'ajouter les exigences alternatives ou cumulatives d'un dol spécial (§1) ou d'un dol aggravé (§2). La prise en compte de ces intentions particulières dans les incriminations autonomes de la provocation a eu pour effet de transformer l'élément moral qui les compose en lui ajoutant une part de subjectivité.

§1. LE DOL SPÉCIAL DU PROVOCATEUR

58. Présentation du dol spécial. – En plus du dol général, le législateur exige dans certaines incriminations un dol spécial de l'auteur. Cette intention plus précise se traduit par la volonté de ce dernier d'obtenir un résultat déterminé tout en ayant conscience de causer le dommage¹⁷³. Dans l'exemple traditionnel du meurtre¹⁷⁴, il s'agit de l'*animus necandi* – l'intention de tuer la victime¹⁷⁵ ; dans le vol¹⁷⁶, il s'agit de se comporter en propriétaire de la chose soustraite, etc. Si une partie de la doctrine y voit une notion superflue¹⁷⁷, l'existence du dol spécial est pourtant reconnue par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. La solution dégagée en matière d'infractions formelles dans l'affaire du sang contaminé a, sur ce point précis, d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre¹⁷⁸.

59. Existence d'un dol spécial du provocateur. – S'agissant de la provocation, sa sanction suppose que l'instigateur ait eu, en plus de l'intention de commettre son comportement provocant¹⁷⁹, le souhait que l'acte provoqué se réalise par l'intervention du tiers sur lequel il exerce son influence. Messieurs Merle et Vitu considèrent qu'« il ne s'agit pas là d'une intention quelconque, d'un dol général, mais bien d'une intention particulière, orientée vers l'obtention d'un résultat déterminé, bref d'un dol spécial »¹⁸⁰. Cette exigence est logique en matière de provocation puisque sa pénalisation n'a

¹⁷⁰ Yves MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, 1993, pp. 203 et s.

¹⁷¹ Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd. par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, 1952, art. 1, n° 77.

¹⁷² Expression empruntée à M. Mikaël BENILLOUCHE, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction. Plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC*, 2005, pp. 529 et s.

¹⁷³ V. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 444, n° 451 ; Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., Sirey, 1947, n° 124.

¹⁷⁴ Art. 221-1 du Code pénal.

¹⁷⁵ Crim. 8 janvier 1991 : Bull. crim. n° 14 ; *D*, 1992.115, obs. Roselyne NÉRAC-CROISIER.

¹⁷⁶ Art. 311-1 du Code pénal.

¹⁷⁷ René GRIFFON, *De l'intention en droit pénal*, Université de Paris, 1911, pp. 91 et s. ; Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd. par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, 1952, art. 1, n° 77 et s.

¹⁷⁸ Crim. 18 juin 2003 : Yves MAYAUD, « Quel élément moral pour l'empoisonnement ? », *RSC*, 2003, p. 781 ; Alain PROTHAIS, « Sang contaminé – Justice malade – Droit pénal avili », *D*, 2005.195 ; Didier REBUT, « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », *D*, 2004.1620, Valérie MALABAT et Jean-Christophe SAINT-PAU, « Le droit pénal malade du sang contaminé », *DP*, 2004, n° 2.

¹⁷⁹ Il s'agit du dol général commun à toutes les infractions de provocation.

¹⁸⁰ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 1224, n° 1553.

de sens que si l'instigateur a commis son acte en escomptant le résultat, raison d'être de l'incrimination. Comme le souligne un auteur, l'instigateur « n'agit comme il le fait que parce qu'il veut la réalisation de l'acte dont il indique ou suggère la commission. Cet acte est le but de ses manoeuvres, de ses dons, de ses pressions, de ses menaces, [c'est-à-dire de son comportement provocant] »¹⁸¹. L'interprétation prétorienne des infractions de provocation confirme cette analyse puisqu'il est affirmé que l'élément intentionnel « réside dans le fait d'avoir voulu créer l'état d'esprit propre à susciter le crime »¹⁸². Cette formule, aussi juste soit-elle, ne doit pas être mal comprise : plus qu'un environnement criminogène, c'est le crime en soi que le provocateur appelle de ses vœux. C'est pourquoi un journaliste qui relate les propos tenus par un apologiste de meurtre ne manifeste pas l'intention coupable d'une provocation à ce crime, faits réprimés par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881¹⁸³, dès lors que « la présentation des propos tenus en forme de mise en garde des lecteurs, et les réserves exprimées sur ceux-ci par le journaliste, telles que reproduites dans l'article démontraient qu'il avait pour but de dénoncer les thèses de la personne interrogée, et les agissements de ceux dont elle soutenait la cause »¹⁸⁴. Cette volonté d'une survenance de l'acte provoqué avait d'ailleurs permis d'écarter la notion d'apologie des synonymes exacts de la provocation, l'auteur d'une telle infraction, contrairement au provocateur, ne souhaitant pas nécessairement la réalisation du crime qu'il glorifie¹⁸⁵.

60. – Ainsi, l'élément moral des infractions de provocation comprend-il toujours un dol spécial qui, *de facto*, introduit une part de subjectivité dans la répression. Cette conjoncture va être renforcée par l'existence d'un dol aggravé du provocateur.

§2. LE DOL AGGRAVÉ DU PROVOCATEUR

61. Présentation du dol aggravé. – En principe, le droit pénal français ne tient pas compte des mobiles de l'auteur de l'infraction dans la composition de l'élément moral¹⁸⁶. Cela semble assez logique dans la mesure où l'intention reflète la volonté de violer une prescription légale, alors que le mobile, loin d'annihiler cette volonté, ne fait que l'expliquer. Toutefois, le législateur a, pour certaines incriminations, tenu à ériger le mobile en dol aggravé, souscrivant alors à l'analyse selon laquelle il constitue « l'anse par où l'on saisit le criminel »¹⁸⁷. Tristement et inlassablement remise sur le devant de la scène ces dernières années, l'infraction pénale qui réprime les actes de terrorisme est parée d'un tel dol puisqu'elle spécifie que ces derniers doivent avoir été commis « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par

¹⁸¹ Bernard FILLION, *La responsabilité pénale de l'instigateur*, dir. André DECOCQ, Université Paris II Panthéon-Assas, 1979, pp. 232 et 233, n° 267.

¹⁸² Crim. 29 octobre 1936, affaire « Maurras » : *Gaz. Pal.*, 1936, 2, p. 684 ; CA Nancy, 10 octobre 1950 : *Gaz. Pal.*, 1951, 1, p. 151.

¹⁸³ L'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, bien qu'il n'en fasse pas explicitement mention, réprime une infraction « évidemment intentionnelle », v. Robert VOUIN, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Dalloz, 1988, p. 385, n° 266.

¹⁸⁴ TGI Paris, 16 décembre 1987 : BICC, 1^{er} mars 1988, p. 23.

¹⁸⁵ V. *supra*, n° 18.

¹⁸⁶ V. entre autres Crim. 5 juin 1940 : *Recueil Dalloz critique*, 1941, n° 30, obs. Henri DONNEDIEU DE VABRES ; Crim. 13 mai 1992 : *DP*, 1992, n° 279 ; Crim. 3 septembre 1996 : *Bull. crim.* n° 311.

¹⁸⁷ André GIDE, *Souvenirs de la cour d'assises*, Gallimard, 1913, cité par Roger MERLE in *André Gide et le droit de punir*, Discours prononcé à la rentrée solennelle de la conférence des avocats stagiaires, 8 décembre 1946, p. 7.

l'intimidation ou la terreur »¹⁸⁸. Le « but terroriste » est ici un mobile érigé en dol aggravé¹⁸⁹. Il s'agit en somme d'exiger « une manifestation non spontanée de l'agent [...], une intention plus longuement mûrie et réfléchie »¹⁹⁰. On dit alors que l'auteur a agi avec préméditation, ce qui constitue un élément subjectif supplémentaire dans l'incrimination.

62. Existence d'un dol aggravé du provocateur. – S'agissant de la provocation, certaines infractions requièrent que l'agent ait été animé d'un mobile particulier, prévu par la loi. Il en est ainsi du fait de provoquer « dans un but lucratif [...] les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître »¹⁹¹, mais aussi du fait « en vue de nuire à la défense nationale, de provoquer des militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère »¹⁹², ou encore de la provocation « à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »¹⁹³ ou « à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap »¹⁹⁴. Que ce soit le but lucratif, l'intention de nuire à la défense nationale ou le mobile raciste, sexiste ou homophobe, il s'agit d'un dol aggravé que le juge devra constater pour entrer en voie de condamnation.

63. Conséquences jurisprudentielles de la subjectivité de l'intention. – Cette subjectivité de l'élément moral donne lieu à des jurisprudences particulièrement incertaines. Alors qu'une cour d'appel avait prononcé la relaxe d'un prévenu pour provocation à la discrimination en considérant que les dessins humoristiques objets du contentieux ne démontraient pas l'existence d'une « provocation délibérée »¹⁹⁵, la même juridiction condamna deux ans plus tard un prévenu des mêmes chefs en relevant cette fois « la puissance émotive du dessin »¹⁹⁶. Il va sans dire que cette casuistique jurisprudentielle proche de l'arbitraire frôle le ridicule. Lorsque la relativité d'une solution prétorienne avoisine à ce point celle du caractère humoristique des dessins mis en cause, il est à se demander si l'impératif de sécurité juridique n'a pas été égaré en cours de route. Or, c'est précisément de la subjectivité de l'élément moral que provient cette incertitude. Afin d'en atténuer les conséquences, le législateur, suivi par la jurisprudence, a ouvert la voie vers une objectivation croissante de l'intention des infractions de provocation.

¹⁸⁸ Art. 421-1 du Code pénal.

¹⁸⁹ À propos de la notion de « but terroriste », v. la thèse de M^{me} Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, dir. Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, Dalloz, 2010, pp. 255 et s.

¹⁹⁰ Roger BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, p. 392, n° 419.

¹⁹¹ Art. 227-12 du Code pénal.

¹⁹² Art. 413-1 du Code pénal.

¹⁹³ Art. 24 al. 7 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁹⁴ Art. 24 al. 8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁹⁵ Crim. 7 décembre 1993 : Bull. crim. n° 374 ; *DP*, 1994, n° 80, obs. Michel VÉRON.

¹⁹⁶ CA Paris, 7 septembre 1995 : *DP*, 1995, n° 280, obs. Michel VÉRON.

Section 2. L'OBJECTIVATION DE L'INTENTION

64. – L'intention est un élément fondateur de l'infraction. Le Conseil constitutionnel lui-même considère qu'« il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »¹⁹⁷. Cette idée rejoint l'analyse au terme de laquelle « l'intention témoigne de l'option d'un système répressif : elle est sa coloration, l'expression de son éthique. Elle permet de mesurer son degré de sévérité »¹⁹⁸. Cependant, parce qu'elle reste « à ce jour encore obscure »¹⁹⁹, l'élément moral de l'infraction intentionnelle a été l'objet d'une objectivation importante par le législateur et la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Ce mouvement se manifeste dans l'habitude qu'ont prise les juges de déduire l'intention de l'élément matériel (§1), et trouve son apogée dans l'indifférence envers l'élément moral (§2).

§1. LE DOL DÉDUIT DU PROVOCATEUR

65. **Déduction de l'intention à partir d'éléments matériels.** – La caractérisation du dol du provocateur est facilitée par l'implication prétorienne ancienne au terme de laquelle l'intention est déduite du comportement matériel de l'individu²⁰⁰. Il s'agit d'un mécanisme bien connu des pénalistes qui repose sur un « jeu de déductions successives »²⁰¹. En premier lieu, le juge vérifie l'imputabilité de l'individu, qui implique en second lieu sa culpabilité, puis il rattache enfin l'intention de l'acte à sa commission, ce qui permet d'entrer en voie de condamnation. En matière de provocation, cette implication a même pu se faire à partir d'éléments externes au comportement provocant *stricto sensu*. Ainsi, il fut considéré que la ligne éditoriale d'un journal dont les auteurs appartenaient à une tendance anarchiste permettait d'en déduire que le délit de provocation à la désobéissance de militaires avait été commis dans un but de propagande anarchiste²⁰². Un auteur a affirmé en ce sens que l'intention pouvait être recherchée « non seulement dans les écrits incriminés, dans le ton général, mais encore dans les circonstances extrinsèques et notamment dans les écrits publiés par le prévenu antérieurement ou postérieurement à ceux faisant l'objet des poursuites »²⁰³. Cette jurisprudence est regrettable car elle s'inscrit en porte-à-faux non seulement avec les principes fondateurs du droit pénal, mais également avec l'esprit du législateur de 1881. En effet, apparaît un risque non négligeable de délits d'opinion dès lors que l'intention pourra être présumée à partir de propos autrefois tenus, bien que ne constituant ni le comportement poursuivi, ni nécessairement un reflet de la pensée de l'auteur au moment où les faits en cause ont été commis. La Chambre criminelle, consciente de cette dérive, a parfois tenté d'en limiter

¹⁹⁷ Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, cons. n° 16 : *D*, 1999.589, obs. Yves MAYAUD.

¹⁹⁸ Barthélemy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC*, 1967, p. 3, n° 1.

¹⁹⁹ Anne PONSEILLE, « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC*, 2003, p. 79.

²⁰⁰ *Crim.* 23 mai 1844 : *Bull. crim.* n° 179 ; André DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 252.

²⁰¹ Marc PUECH, « La fin de la faute ? Scolies sur la faute », *Droits – Revue française de la théorie juridique*, n° 5, PUF, 1987, p. 83.

²⁰² *Crim.* 2 février 1906 : *DP*, 1906, n° 78. obs. François BERCHON.

²⁰³ Georges BARBIER, *Code expliqué de la presse. Traité général de la police de la presse et des délits de publication*, t. I, Marchal et Billard, 1887, p. 243, n° 279.

l'impact en excluant une condamnation sur le seul fondement d'un élément extrinsèque à la provocation²⁰⁴. Il n'en reste pas moins que l'élément moral est soumis à une telle objectivation que sa substance tend à être annihilée. Marc Ancel soutient à ce titre que « le contenu de la théorie pénale de l'intention est à peu près vide et cette constatation conduit à conclure qu'en droit pénal français l'intention est présumée chez l'auteur de l'acte matériel. Il s'agit donc d'une fiction juridique »²⁰⁵. Ce mouvement ne s'arrête cependant pas à ces déductions prétoriennes et se poursuit jusqu'à atteindre son apogée pour certaines incriminations de provocation à l'égard desquelles le législateur témoigne d'une indifférence quant à l'intention de l'instigateur.

§2. LE DOL INDIFFÉRENT DU PROVOCATEUR

66. Incrimination de conventions de provocation. – Une manifestation particulière de l'indifférence quant à l'intention de l'instigateur peut s'observer dans l'incrimination croissante de contraventions de provocation. Sont ainsi réprimés au titre d'une contravention de cinquième classe « le fait de provoquer, par une fausse déclaration du poids d'un chargement placé à bord d'un véhicule, un dépassement des limites de poids »²⁰⁶ ; « le fait de provoquer, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, pour le paiement d'une somme supérieure à 15 euros, la remise d'un ou plusieurs chèques d'un montant inférieur ou égal à 15 euros »²⁰⁷ ; « la provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée »²⁰⁸, « de leur orientation sexuelle ou identité de genre, ou de leur handicap »²⁰⁹. Cette incrimination au rang contraventionnel réduit l'élément moral de l'infraction comme peau de chagrin. En effet, depuis le XIX^e siècle, la Cour de cassation considère que les contraventions sont des « infractions matérielles »²¹⁰ pour lesquelles « il suffit que le fait soit matériellement constaté » afin d'entrer en voie de condamnation. En conséquence, l'élément intentionnel est indifférent au regard de la culpabilité. La responsabilité pénale de l'auteur d'une contravention est établie *ipso facto* dès lors que la matérialité du comportement prohibé par la norme est rapportée²¹¹. En incriminant une provocation sous la qualification d'une contravention de cinquième classe, le législateur suit donc la voie de l'objectivation de l'infraction ; la subjectivité de l'intention de l'instigateur n'aura plus à être prise en compte dans la répression.

²⁰⁴ « Attendu que si les juges peuvent rechercher la preuve de l'intention coupable même en dehors du texte incriminé, les éléments extérieurs au texte ne peuvent suppléer à ce qui ne résulterait pas du texte et qui n'aurait pas été soumis au débat ; que la référence à la ligne éditoriale des ouvrages publiés par cet éditeur et à la préface, cette dernière étant la seule partie de l'ouvrage exclue de la poursuite par une décision définitive de non-lieu, ne saurait à elle seule établir l'existence de l'intention coupable ; qu'à défaut d'autres motifs propres à justifier l'intention que l'arrêt a tenu pour établie, la décision encourt la cassation » (Crim. 30 janvier 1964 : D, 1965.3, obs. Jean BOUCHERON).

²⁰⁵ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1954, p. 126.

²⁰⁶ Art. R.121-4 du Code de la route.

²⁰⁷ Art. R.163-1 du Code monétaire et financier.

²⁰⁸ Art. R.625-7 al. 1^{er} du Code pénal.

²⁰⁹ Art. R.625-7 al. 2nd du Code pénal.

²¹⁰ Crim. 22 février 1844 : Bull. crim. n° 59 ; Crim. 12 mai 1871 : *S*, 1872.I.48, Crim. 16 juillet 1898 : *S*, 1900.I.109 ; Crim. 28 avril 1977 : *D*, 1978.149, obs. Michèle-Laure RASSAT ; *JCP G*, 1978, II, 18931, obs. Mireille DELMAS-MARTY ; Crim. 5 octobre 1982 : *RSC*, 1984, p. 766, obs. Jacques-Henri ROBERT.

²¹¹ Sous réserve d'une volonté libre et éclairée de l'auteur (v. Crim. 27 mai 1959 : Bull. crim. n° 279) dès lors qu'il n'y a pas de contravention en cas de force majeure (v. art. 121-3 du Code pénal) ou d'aliénation mentale.



67. Conclusion du chapitre 2. – Le comportement provocant, intentionnel par nature, trouve sa criminalité propre dans les nuances que revêt la volonté perverse de l’instigateur. *A priori*, comme tout ce qui relève du for intérieur, l’intention qui préfigure en lieu et place de l’élément moral des infractions de provocation est éminemment subjective. Cette caractéristique est d’autant plus marquée qu’il pourra être exigé un dol spécial ou un dol aggravé qui nécessitera la démonstration d’une volonté particulière. Néanmoins, consciente des lacunes juridiques que présente un élément constitutif subjectif, le législateur et la jurisprudence ont tenté de s’orienter sur la voie de l’objectivation.

CONCLUSION DU TITRE 1

68. – La définition des contours de la provocation n’est pas chose aisée. Notion éminemment psychologique, elle est empreinte d’une subjectivité intentionnelle dont le juriste peine à s’accommoder. Pour pallier ces imprécisions, le législateur, de concert avec le juge, tend à trouver des moyens d’objectiver la notion. Toutefois, matériellement également celle-ci ne se laisse pas facilement apprivoiser. La polymorphie inhérente au comportement provocant, qui transparait dans la rédaction des textes d’incrimination, renforce l’impression d’une hétérogénéité, d’une pluralité, d’une diversité qui complique sa conceptualisation théorique. Cette multiplicité des nuances va se retrouver également s’agissant de son résultat, à savoir l’acte provoqué, tel qu’il est appréhendé dans l’infraction.

Titre 2

LE RÉSULTAT DE LA PROVOCATION

69. Notions d'effet et de résultat. – L'infraction est un trouble causé à l'ordre public. Comme l'indique son origine latine – *frangere* signifie briser, enfreindre²¹² –, elle consiste en une transgression de la norme et cause une rupture dans l'équilibre social. L'atteinte, c'est-à-dire la violation de la loi, doit pour cela être extériorisée. Aussi, l'effet est-il indissociable de la notion de postériorité ; l'effet par rapport au référent que constitue le comportement est nécessairement postérieur à ce dernier. Il s'agit en somme de la suite légale et causale de l'infraction, c'est-à-dire le résultat redouté incriminé²¹³. Vis-à-vis de ce résultat, l'instigateur doit avoir exercé une influence certaine et décisive²¹⁴. Sans cela, la provocation perd son caractère infractionnel et ne sera qu'un simple conseil non punissable à l'égard de l'individu provoqué. « Il n'en sera pas de même s'il a été exercé sur sa volonté quelque action déterminante, quelque pression, quelque influence décisive, qui lui a fait adopter et exécuter cette résolution, dans laquelle il n'a fait que suivre l'impulsion d'autrui. [...] Alors, on peut dire que celui qui a pris l'initiative et qui l'a appuyée par de telles influences, qu'il est la cause génératrice de la résolution du délit »²¹⁵. Toutefois, le comportement provocant n'a pas à être la cause unique du passage à l'acte de l'individu provoqué. Une telle exigence serait contraire au principe d'incertitude²¹⁶ ainsi qu'à l'absence d'un déterminisme absolu chez l'être humain²¹⁷ et dans la nature en général²¹⁸. En ce sens, il convient de rappeler que la causalité n'est ni « une contingence radicale de chaque instant », « ni une implacable nécessité interdisant l'imprévisibilité »²¹⁹. S'agissant de l'effet, la pénalisation autonome de la provocation est un reflet plutôt cohérent de la brèche qui s'installe entre ces deux extrêmes. Si le comportement provocant n'est pas nécessairement le facteur unique de survenance du résultat, il faut à tout le moins qu'il soit déterminant, voire prépondérant. Le législateur pose pour cela l'exigence d'une certaine prévisibilité. Si le résultat des infractions de provocation apparaît alors empreint de contingence (Chapitre 1), il demeure pour autant *a priori* l'atteinte à la valeur sociale protégée qui constitue la raison d'être de l'incrimination²²⁰ et à ce titre il demeure indubitablement un élément qualifiant de l'infraction (Chapitre 2).

²¹² Félix GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, 1934, v. « *Frangere* ».

²¹³ Marion WAGNER, *Les effets de l'infraction, essai d'une théorie générale*, dir. Yves MAYAUD, LGDJ, 2011, pp. 325 et s.

²¹⁴ V. notamment Pierre-André BON, *La causalité en droit pénal*, dir. Michel DANTI-JUAN, LGDJ, 2005, pp. 108 et s.

²¹⁵ Joseph ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, Plon, 1867, n° 1264, p. 596.

²¹⁶ V. David HUME, *Traité de la nature humaine, L'entendement (Livre I)*, Gallimard, 1999 ; Werner HEISENBERG, *La nature de la physique contemporaine*, Gallimard, 1962.

²¹⁷ Emmanuel KANT, *Critique de la raison pratique* in *Œuvres philosophiques (Tome II)*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1985, pp. 730 et 731 : « Si les actions de l'homme, en tant qu'elles appartiennent à ses déterminations dans le temps, n'étaient pas de simples déterminations de l'homme comme phénomène, mais des déterminations de l'homme comme chose en soi, la liberté ne pourrait être sauvée ».

²¹⁸ Max PLANCK, *Initiations à la physique*, « Chapitre X : La causalité dans la nature », Flammarion, 1993, p. 235.

²¹⁹ Bernard PIÉTTRE, *Philosophie et science du temps*, 2^e éd., PUF, 1996, p. 89.

²²⁰ V. entre autres Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Armand Colin, 2004, p. 167 ; Jean-Yves MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, dir. Alain PROTHAIS, Université de Lille, 1999.

Chapitre 1

L'acte provoqué, résultat contingent

70. – L'infraction pénale sanctionne une atteinte à l'ordre public. Cette atteinte est appelée résultat de l'infraction et le texte d'incrimination y fait nécessairement référence²²¹. Toutefois, si le résultat est mentionné dans le texte incriminateur, cela ne signifie pas forcément que sa réalisation soit érigée en élément constitutif de l'infraction. En effet la loi érige certaines conduites en crimes, délits ou contraventions afin de prévenir le préjudice au corps social qui pourrait en résulter ; ces conduites peuvent alors être réprimées indépendamment de leur effectivité. On parle alors d'un résultat formel. S'agissant de l'acte provoqué dans l'infraction de provocation, il répond pour de très nombreuses incriminations à cette configuration. Il fait figure de résultat contingent, dont la survenance pourra avoir lieu, ou non. Ainsi, si le résultat est nécessairement prévisible pour le provocateur (Section 1), son effectivité n'est que rarement exigée au titre des éléments constitutifs de l'infraction de provocation incriminée de manière autonome (Section 2).

Section 1. LA PRÉVISIBILITÉ DU RÉSULTAT

71. – Pour être condamnable, la provocation doit pouvoir fonder une situation de dépendance entre la volonté du provocateur et celle du provoqué. En vertu de ce lien, le juge sera en mesure d'établir que le résultat était prévisible dans l'esprit du provocateur, ou à tout le moins possible. Cette distension va dépendre du caractère direct (§1) ou indirect (§2) de la provocation.

§1. LES PROVOCATIONS DIRECTES

72. **Définition du caractère direct.** – Le caractère direct de la provocation est exigé dans de nombreuses incriminations. Cela signifie que le provocateur doit avoir désigné un acte précis²²². La doctrine décline cette condition en deux corollaires cumulatifs : il faut d'abord que « la provocation ait été assez précise pour induire un ou plusieurs individus en tentation de commettre [un acte] du genre de celui prôné par le provocateur » et ensuite que « ladite provocation ait effectivement constitué la cause déterminante de la volonté »²²³ de l'auteur provoqué. Cette conception du caractère direct de la provocation est aussi celle retenue de longue date par la jurisprudence qui exige la preuve d'une influence certaine et décisive du comportement provocant²²⁴. Il faut qu'elle ait été « sinon l'unique cause, du moins le facteur prépondérant qui a déterminé »²²⁵ le passage à l'acte de l'individu provoqué.

²²¹ Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2018, n° 190 : « À toute infraction, correspond un résultat redouté, indissociable du processus d'incrimination ».

²²² Afin de respecter la rigueur sémantique qu'exige une recherche, contrairement au vocabulaire employé par certains auteurs, il convient dans cette étude de parler d'acte provoqué plutôt que d'infraction provoquée dans la mesure où l'objet de la provocation, au sein des infractions autonomes qui la répriment, peut être licite. Voir *infra*, n° 92.

²²³ Marcel-Charles DUCOMTE, « Au sujet de la provocation par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication à commettre des crimes ou des délits », *Gaz. Pal.*, 1989, p. 255.

²²⁴ Crim. 5 janvier 1883 : *DP*, 1884, 1, n° 95 ; TGI Paris, 7 mai 1979 (2 arrêts) : *JCP G*, 1980, IV, 136.

²²⁵ André VITU, *JCl. Pénal Code*, fasc. 3, art. 107.

73. Exigence du caractère direct. – L’observation des incriminations ne permet pas d’identifier une logique claire qui serait celle du législateur quant à l’exigence du caractère direct de la provocation. Alors qu’il est prévu aussi bien dans des provocations suivies d’effet que non suivies d’effet, certaines provocations suivies d’effet et certaines non suivies d’effet ne le requièrent pas. Ainsi, la provocation d’un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants²²⁶ n’exige pas d’être suivie d’effet et requiert un caractère direct alors que la provocation à un attroupement armé²²⁷, bien qu’exigeant d’être suivie d’effet, prévoit également ce caractère direct. *A contrario*, la provocation de militaires à passer au service d’une puissance étrangère²²⁸ n’exige ni d’être suivie d’effet ni le caractère direct, alors que la provocation au suicide²²⁹, qui exige d’être suivie d’effet, ne requiert pas un caractère direct. De même, certaines provocations publiques prévoient un caractère direct, mais pas toutes ; et certaines provocations n’exigeant pas la publicité le prévoient, mais pas toutes non plus. Pour n’en donner que l’illustration la plus marquante, si les provocations publiques incriminées aux alinéas 1 à 4 de l’article 24 de la loi de 1881 exigent un caractère direct, celles incriminées aux alinéas 7 et 8 ne le mentionnent pas. Ces disparités témoignent d’un manque flagrant de cohérence de la part du législateur, que ce soit dans la rédaction des incriminations ou dans sa politique criminelle. La théorisation de l’exigence du caractère direct en ressort particulièrement hasardeuse et, pour ainsi dire, irréalisable.

74. Objet du caractère direct. – Tout aussi difficile s’avère la détermination de l’objet du caractère direct. L’hypothèse que celui-ci porterait sur le moyen d’expression du provocateur est d’ores et déjà à écarter. La provocation directe n’exige en aucun cas l’utilisation d’un mode de communication direct et le provocateur pourra tout à fait utiliser un média. Entre autres exemples, la provocation au génocide²³⁰ ou la provocation à des actes de terrorisme²³¹, si elles doivent être directes, peuvent indéniablement être commises par le biais d’un service de communication au public en ligne. La plupart des auteurs s’accordent alors pour affirmer qu’il s’agit d’une question de causalité. L’adjectif « direct » serait en ce sens synonyme de « causal »²³², voire préciserait la nature du lien de causalité entre le comportement provocant et l’acte provoqué²³³. Selon Messieurs Conte et Maistre du Chambon, pour qu’une provocation soit directe, il faut « qu’elle ait eu un rôle causal »²³⁴. Néanmoins, cette interprétation du caractère direct semble contestable, ou à tout le moins réductrice dans le cadre des infractions de provocation autonomes. En effet, ces provocations peuvent conserver leur trait direct alors qu’elles sont commises par un intermédiaire, humain ou technologique, et même si le provocateur n’a pas exercé son influence sur un individu spécifiquement déterminé. La provocation « n’a pas à être personnelle, c’est-à-dire adressée à tel ou tel individu déterminé »²³⁵, mais elle doit tendre « à l’accomplissement d’une infraction ou d’une série d’infractions précises »²³⁶. Or, cela remet en cause

²²⁶ Art. 227-18 du Code pénal.

²²⁷ Art. 431-6 al. 2 du Code pénal.

²²⁸ Art. 413-1 du Code pénal.

²²⁹ Art. 223-13 du Code pénal.

²³⁰ Art. 211-2 du Code pénal.

²³¹ Art. 421-2-5 du Code pénal.

²³² Fabrice DEFFERRARD, « La provocation », RSC, 2002, pp. 233 et s.

²³³ André POCHON, *L’auteur moral de l’infraction : la responsabilité pénale de l’instigateur*, dir. Bernard PERREAU, Université de Caen, 1945, p. 90.

²³⁴ Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Armand Colin, 2004, n° 417.

²³⁵ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 1233, n° 1566.

²³⁶ *Ibid.*

l'assimilation à la causalité. Il s'agirait en réalité plutôt d'une question d'intention. L'exigence du caractère direct traduirait la nécessité d'une situation de dépendance²³⁷ morale entre le provocateur et le provoqué. L'intention du premier rencontre et déteint sur celle du second qui y adhère – ou est susceptible d'y adhérer. Il n'est plus tant question d'une relation de cause à effet que d'un lien psychologique qui unit le provocateur à l'individu sur lequel il a exercé son influence. L'acte provoqué se trouve dans la continuité de la volonté du provocateur et cette continuité morale semble retranscrire bien plus fidèlement que la causalité l'idée de provocation directe. Cette analyse paraît de surcroît cohérente avec les solutions jurisprudentielles développées en la matière puisque la Chambre criminelle, s'agissant des provocations directes, parle de l'instauration d'un « état d'esprit propre à susciter le crime »²³⁸. Elle s'inscrit par ailleurs dans une brèche doctrinale ouverte par George Levasseur : à propos de l'intention d'un délinquant ayant une connaissance précise de l'infraction commise, l'auteur parle de « dol direct »²³⁹ par opposition au dol « éventuel » ou « praeter intentionnel ». En définitive, ce caractère direct de la provocation appréhendé comme un transfert d'intention, davantage qu'une facette du lien de causalité, s'avère un facteur de renforcement de la certitude du juge quant à l'existence de ce dernier.

75. – Bien qu'essentiellement directes, les provocations incriminées de manière autonome ne requièrent pas systématiquement ce caractère. Se pose alors la question de l'admission de quelques provocations dites indirectes.

§2. LES PROVOCATIONS INDIRECTES

76. **Pénalisation controversée des provocations indirectes.** – « Vouloir réprimer la provocation indirecte, c'est susciter de graves dangers, car, du moment où il n'y a plus la relation intime entre la provocation et le délit qui la suit [...], la voie est largement ouverte aux procès de tendance »²⁴⁰ dénonçait un auteur au début du XXe siècle, quelques années à peine après l'adoption de la loi sur la liberté de la presse²⁴¹. Cette critique n'est pas anodine puisque l'admission de provocations indirectes dans l'arsenal répressif fut l'objet d'un des débats parlementaires et doctrinaux les plus incandescents de 1881²⁴². De telles provocations avaient déjà été incriminées par les lois des 18 juillet 1791²⁴³

²³⁷ V. plus largement sur cette question la thèse de M^{me} Audrey DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions, essai d'une théorie générale*, dir. Yves MAYAUD, Université Paris II Panthéon-Assas, 2006.

²³⁸ Crim. 29 octobre 1936, affaire « Maurras » : *Gaz. Pal.*, 1936, 2, p. 684 ; CA Nancy, 10 octobre 1950 : *Gaz. Pal.*, 1951, 1, p. 151.

²³⁹ George LEVASSEUR, « L'imputabilité des infractions en droit français », *RDPC*, 1968-1969, p. 392, n° 6.

²⁴⁰ André LEBRETON, *De la provocation aux crimes et délits dans ses rapports avec les lois sur la presse*, dir. Adolphe CHAUVEAU, Université de Rennes, 1901, p. 35.

²⁴¹ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁴² Thomas-Charles FLOQUET, exprimant sa réticence quant à l'incrimination de la provocation par l'article 23 de la future loi du 29 juillet 1881, affirmait que « Provoquer, c'est-à-dire parler ou écrire sur une question quelconque, c'est un acte de la pensée humaine, c'est l'expression d'une opinion. Elle peut être détestable, criminelle aux yeux de la morale, fatale, elle peut avoir tous les caractères que vous voudrez, elle ne devient criminelle ou délictueuse que si vous décidez que vous frapperez, dans une mesure quelconque, les délits d'opinion. » in « Débats et documents parlementaires », *JORF*, 26 janvier 1881, p. 61.

²⁴³ Art. 2 de la loi du 18 juillet 1791 contre la sédition : « Tout homme qui, dans un attroupement ou émeute, aura fait entendre un cri de provocation au meurtre, sera puni de trois ans de chaîne si le meurtre ne s'en est pas suivi ».

et 17 mai 1819²⁴⁴, et ce malgré de nombreuses protestations. À leur sujet, le Comte de Castellane scanda devant le Parlement : « Rien de plus incompatible avec la liberté de la presse que de mettre au rang des délits la provocation indirecte : cette locution indéterminée n'admettant aucune base à son application, retire toute garantie aux écrivains les moins suspects de mauvais dessins : voilà que la lice est ouverte aux magistrats »²⁴⁵ ; et au Comte de Sèze – avocat de Louis XVI devant la Convention – d'ajouter : « Il faut convenir que le mot indirect n'est pas susceptible d'une véritable définition ; qu'il admet toutes sortes d'interprétations ; que c'est un espace livré à l'inspiration toute entière, [...] à des qualifications que la pensée ne peut saisir »²⁴⁶. Aux balbutiements de la III^e République, après un demi-siècle particulièrement liberticide concernant l'expression publique, l'opportunité de leur maintien s'était donc légitimement posée lors de l'élaboration du « code de la presse »²⁴⁷. Cette réticence aux délits d'opinion justifie que l'apologie n'ait pas été incriminée en 1881, mais ajoutée postérieurement à la loi, dans le contexte des attentats anarchistes de la fin du XIX^e siècle²⁴⁸. Parfois qualifiée de « provocation indirecte », elle est en réalité plus vaste car n'exigeant pas de la part de l'auteur une intention de passage à l'acte des destinataires de son message²⁴⁹. La pénalisation de ce comportement a donc ouvert la boîte de Pandore et la voie fut toute tracée vers l'existence de provocations indirectes *stricto sensu* dans la loi pénale française.

77. Incrimination implicite des provocations indirectes. – Si de nombreuses infractions prévoient que la provocation doit être directe²⁵⁰, le législateur garde parfois le silence dans le texte d'incrimination. Ceci s'observe d'autant plus facilement lorsqu'un même article pénalise plusieurs comportements provocants et n'exige pas le caractère direct uniformément pour l'ensemble d'entre eux. Ainsi, l'article L.3421-4 du Code de la santé publique incrimine diverses provocations en matière de stupéfiants ; alors que ses alinéas 1 et 2 ne mentionnent rien, l'alinéa 3 retient uniquement la « provocation directe ». De même, les alinéas 1 à 4 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 exigent un caractère direct alors que les alinéas 7 et 8 ne le mentionnent pas. Très rapidement, la jurisprudence a interprété ce silence du législateur comme une ouverte de la répression aux provocations indirectes²⁵¹ puis a réaffirmé cette solution à plusieurs reprises²⁵². En 1956, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi considéré qu'un article de journal qui conseillait de « développer une action unie

²⁴⁴ Art. 1^{er} de la loi du 17 mai 1819 sur la répression de crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication ; M. Joseph CARNOT affirme à propos de cette disposition que « la loi du 17 mai n'autorise à faire des poursuites aux cas qu'elle a prévus, que dans le concours de deux circonstances ; la première, que la provocation ait été publique ; la seconde, qu'elle ait eu pour objet un crime ou un délit puni par les lois existantes : mais lorsque la provocation réunit ce double caractère, elle n'aurait été qu'indirecte, qu'elle rentrerait dans la disposition de la loi : la qualification d'indirecte n'est pas écrite à la vérité, dans la loi, mais elle s'y trouve implicitement ; ce fut même une chose convenue dans la discussion » (*Examen des lois relatives à la répression des abus de la liberté de la presse*, Hachette, 2014).

²⁴⁵ Boniface de CASTELLANE, « Proposition tendant à la révocation de la loi du 9 novembre 1815 sur la répression des cris séditieux », *Discours devant la Chambre des Pairs de France*, Session de 1818, cité par Jean-Claude FARCY in *Bibliographie d'histoire de la Justice française (1789-2011)*, criminocorpus.org.

²⁴⁶ Raymond DE SÈZE, « Proposition tendant à la révocation de la loi du 9 novembre 1815 sur la répression des cris séditieux », *Discours devant la Chambre des Pairs de France*, Session de 1818, cité par Jean-Claude FARCY in *Bibliographie d'histoire de la Justice française (1789-2011)*, criminocorpus.org.

²⁴⁷ Expression utilisée notamment par M^{me} Agathe LEPAGE, « Nouveau recul de l'article 1382 du Code civil », *CCE*, Juin 2004, n° 80 : « la raison d'être des dispositions spécifiques aux infractions de presse de la loi de 1881 s'explique initialement par le souci du législateur de faire de cette loi un code de la presse ».

²⁴⁸ Loi du 12 décembre 1893, modifiant l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour instaurer le délit de presse d'apologie du terrorisme.

²⁴⁹ V. *supra*, n° 18.

²⁵⁰ V. *supra*, n° 72 et s.

²⁵¹ Crim. 6 février 1908 : Bull. crim. n° 52.

²⁵² Crim. 30 novembre 1935 : RSC, 1936, p. 232 ; Crim. 30 janvier 1964 : D, 1965.3.

contre cette sale guerre et d'empêcher par tous les moyens le départ des hommes et des canons au Vietnam » constituait « une provocation indirecte [punissable] ayant pour objet d'inciter à la désobéissance »²⁵³ des militaires français. Cette interprétation prétorienne trouve un fondement assez solide dans l'esprit du législateur qui semble avoir substitué son silence à l'expression « provocations directes et indirectes »²⁵⁴. Le juge devra en revanche s'assurer que le lien, bien que distendu, demeure entre le provocateur et le provoqué. La situation de dépendance morale doit persister, mais pour entrer en voie de condamnation, il suffira que le résultat ait été possible dans l'esprit du provocateur, et non plus nécessairement prévu avec certitude. En somme, il s'agit ici d'un parallèle avec le dol éventuel.

78. – Qu'il s'agisse de provocations directes ou indirectes, c'est en filigrane la question de la prévisibilité du résultat qui se pose. La protection de la liberté d'expression tend à restreindre la répression aux provocations directes, c'est-à-dire celles dont l'auteur prévoit précisément l'acte provoqué. Néanmoins, face à certains comportements, le législateur admet implicitement la sanction de provocations indirectes, dont l'auteur n'a pas forcément déterminé l'exact résultat. Dans la première hypothèse, l'acte est incontestablement prévisible dans l'esprit du provocateur, alors que dans la seconde il a pu n'être que possible – il y a un relâchement de la dépendance. Cette dualité se retrouve également concernant l'effectivité du résultat.

Section 2. L'EFFECTIVITÉ DU RÉSULTAT

79. – Si l'infraction est consommée lorsque le fait accompli par l'auteur « renferme tous les éléments constitutifs [de l'acte incriminé], tels qu'ils sont précisés dans la définition qu'en donne la loi »²⁵⁵, encore faut-il déterminer avec précision lesdits éléments. En effet, la politique criminelle oscille entre deux finalités majeures de la sanction pénale ; l'une est rétributive, l'autre préventive. Par son intervention plus ou moins précoce sur l'*iter criminis*, le législateur opère un choix dans la répression et module la réaction du corps social face aux troubles à l'ordre public. Les exigences relatives aux éléments constitutifs vont donc varier. On distingue sur ce point classiquement les infractions « matérielles » des infractions « formelles ». Alors que les premières sanctionnent *a posteriori* une atteinte effective à l'ordre public, les secondes sont susceptibles d'intervenir *a priori*, avant que l'atteinte ne se réalise. S'agissant de la provocation, la *summa divisio* persiste selon que le législateur exige (§1) qu'elle soit suivie d'effet ou non (§2).

²⁵³ Crim. 2 mai 1956 : Bull. crim. n° 338, p. 625.

²⁵⁴ Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COUV RAT, Université de Limoges, 1978, p. 114.

²⁵⁵ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 3^e éd., Sirey, 1913, p. 506, n° 236.

§1. LES PROVOCATIONS SUIVIES D'EFFET

80. Présentation des provocations suivies d'effet. – Historiquement, la provocation a d'abord été réprimée si et seulement si elle était suivie d'effet. C'est dans ce schéma que s'inscrit le régime général de la complicité par provocation²⁵⁶, mais aussi l'incrimination de la provocation publique au titre de la complicité par la loi de 1881²⁵⁷. Cette exigence traditionnelle d'un passage à l'acte par l'individu provoqué s'est ensuite maintenue dans un certain nombre d'infractions autonomes de provocation, comme en témoigne l'article 223-13 du Code pénal qui réprime la provocation au suicide uniquement si elle a été « suivie du suicide ou d'une tentative de suicide ». Cette formule binaire employée par le législateur a le mérite d'être particulièrement éloquente ; elle ne laisse aucun doute quant au fait que l'effet n'est pas nécessairement une pleine commission de l'acte provoqué – en l'occurrence le suicide – mais peut consister en une seule tentative. Généralement cependant, le texte d'incrimination utilise l'expression plus lacunaire « suivie d'effet ». Il convient alors de garder à l'esprit cette solution rappelée à plusieurs reprises par la jurisprudence : la provocation tombera sous le coup de la loi si l'acte provoqué a été tenté dès lors que la tentative est punissable²⁵⁸.

81. Causalité des provocations suivies d'effet. – Les infractions de provocation suivies d'effet sont incontestablement des infractions matérielles. Elles ne sont sanctionnées que si le résultat qui commande la consommation de l'infraction est atteint, c'est-à-dire si le trouble à l'ordre public redouté est effectif. Elles sanctionnent un comportement provocant qui, par son influence sur l'individu provoqué, a réellement permis la réalisation de l'acte escompté par le provocateur. Cette survenance du résultat est l'étape concrète ultime sur l'*iter criminis*, et ce n'est qu'une fois franchie que la provocation deviendra punissable. La sanction intervient parce que la valeur sociale protégée par l'incrimination a subi une atteinte avérée. Il s'agit d'un choix de politique criminelle moins attentatoire à la liberté d'expression que l'incrimination de la provocation non suivie d'effet²⁵⁹ puisque la société doit avoir été effectivement heurtée. Or, « l'acte [c'est-à-dire le comportement provocant] n'est pas anormal en soi : il ne l'est que par référence au résultat lui-même anormal, car perturbateur de l'ordre social, qu'il entraîne »²⁶⁰. Dans cette hypothèse, le juge devra donc faire appel à la théorie de l'équivalence des conditions²⁶¹ et s'assurer que la provocation a été « la condition *sine qua non*, c'est-à-dire nécessaire du résultat »²⁶².

82. – Si le droit pénal français réagit le plus souvent *a posteriori*, suite à la survenance concrète du trouble à l'ordre public, il arrive que la répression soit anticipée et que le législateur intervienne en amont pour prévenir un désordre et ses « conséquences négatives sur le plan social »²⁶³.

²⁵⁶ Art. 121-7 du Code pénal.

²⁵⁷ Art. 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁵⁸ C'est-à-dire tout le temps pour les crimes et lorsque la loi le prévoit pour les délits (art. 121-4 du Code pénal). La précision en matière de suicide s'explique alors très simplement par le fait que cet acte n'étant pas en soi l'objet d'une infraction, sa tentative n'est pas non plus punissable. Sans cette rédaction particulière de l'incrimination, la répression n'aurait donc pas atteint l'ampleur que le législateur souhaitait lui donner.

²⁵⁹ V. *infra*, n° 83 et s.

²⁶⁰ Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Armand Colin, 2004, n° 41.

²⁶¹ Marc PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 566, p. 203 : La théorie de l'équivalence des conditions suppose qu'« un comportement anormal est réputé avoir causé le dommage lorsqu'il est la condition *sine qua non* de ce dommage ou l'une de ses conditions *sine qua non* ».

²⁶² Fabrice DEFFERRARD, « La provocation », *RSC*, 2002, p. 240.

²⁶³ Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2018, n° 202.

§2. LES PROVOCATIONS NON SUIVIES D'EFFET

83. Présentation des provocations non suivies d'effet. – Il apparaît que certaines infractions de provocation n'exigent pas, au sein de leurs éléments constitutifs, une atteinte effective à la valeur sociale protégée. Le résultat n'a pas à être atteint, l'incrimination vise généralement une provocation « non suivie d'effet »²⁶⁴. Cela signifie qu'il importe peu que le comportement provocant n'ait pas eu l'influence souhaitée sur le tiers, que celui-ci n'ait pas adhéré à la volonté du provocateur et que, *de facto*, l'acte escompté par ce dernier n'ait pas été commis ni même tenté par l'individu provoqué. Elle sera punissable en dépit de son échec. Ces infractions sont alors dites « formelles » et dénommées ainsi par la doctrine²⁶⁵ pour mettre en avant que la loi se borne à incriminer un procédé – l'acte provocant. Parce qu'elles créent « *de plano* un péril qu'il est permis de pressentir, puis d'affirmer »²⁶⁶, le législateur anticipe la répression en remontant sur l'*iter criminis*. Sont notamment des infractions formelles les provocations à destination des mineurs²⁶⁷, mais aussi les provocations au trafic de stupéfiants²⁶⁸ ou encore les provocations publiques à commettre certains actes criminels²⁶⁹. Elles sont sanctionnées parce qu'elles créent un risque pour le corps social. En ce sens, la loi prévient et punit l'instauration d'une situation de dépendance causale entre le comportement provocant et un acte potentiel à venir qui serait – en cas de survenance – attentatoire à l'ordre public.

84. Causalité des provocations non suivies d'effet. – La prolifération moderne des infractions formelles est souvent analysée comme une conséquence de l'influence de la criminologie sur le droit pénal²⁷⁰. Dans le corpus des incriminations autonomes de la provocation, elles sont dorénavant majoritaires. Elles emportent la préférence du législateur car elles s'inscrivent dans son objectif contemporain : pénaliser le comportement du provocateur pour son état dangereux, indifféremment de son effectivité. Elles deviennent en ce sens des infractions de prévention²⁷¹. Cela emporte indéniablement une subjectivisation de la causalité. Puisque la répression n'est pas conditionnée à la survenance d'un résultat, la recherche d'un lien causal entre la provocation et ce dernier est réduite à peau de chagrin. L'exigence de causalité est atténuée ; le lien devient virtuel et fait appel à une potentialité ou éventualité²⁷². Pour autant, le juge n'est pas entièrement libre dans la constatation de ce lien causal distendu²⁷³. Le législateur apprécie parfois lui-même de manière plus objective l'éventualité causale du comportement provocant qu'il incrimine. Ainsi, est puni le fait de provoquer « par une fausse déclaration du poids d'un chargement placé à bord d'un véhicule » un dépassement des limites

²⁶⁴ Sur les différentes formulations possibles et l'explicitation de l'exigence d'un résultat, v. *infra*, n° 97 et s.

²⁶⁵ V. entre autres Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 369, n° 384 ; René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 3^e éd., Sirey, 1913, p. 503 et s. ; Wilfrid JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2^e éd., Montchrestien, 1991, p. 265 et s. ; Pierre SPITERI, « L'infraction formelle », *RSC*, 1966, p. 497.

²⁶⁶ Philippe CONTE, *Droit pénal spécial*, 2^e éd., Litec, 2005, n° 189, p. 104.

²⁶⁷ Art. 227-18, 227-18-1, 227-19 et 227-21 du Code pénal.

²⁶⁸ Art. L.3421-4 du Code de la santé publique.

²⁶⁹ Art. 24 al. 1 à 4 et al. 7 et 8 de la loi du 29 juillet 1881.

²⁷⁰ René GASSIN, *Essai de théorie générale de la ruse en criminologie*, PUAM, 2009, p. 31, n° 45.

²⁷¹ V. *infra*, n° 170 et s.

²⁷² Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, dir. Philippe BRUN, Dalloz, 2010, p. 406, n° 413 : « Le risque est une figure qui hante la responsabilité [...] ; il serait de bonne politique de l'empêcher de se réaliser, afin d'éviter une destruction de valeur. [...] La causalité est potentielle lorsqu'un dommage est éventuel, c'est-à-dire lorsqu'existe un risque qu'il survienne. Il est des propositions pour que le droit agisse avant que toute atteinte soit réalisée, il s'agit d'une attitude de prévention. »

²⁷³ Valérie MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, dir. Philippe CONTE, Université de Bordeaux, 1999, p. 92, n° 102.

règlementaires²⁷⁴. La seule rédaction d'une telle déclaration erronée est donc considérée par le législateur comme une provocation suffisamment susceptible de causer un dépassement des limites réglementaires pour être sanctionnée, et n'exige en conséquence pas d'être suivie d'effet. Le dessein de ces infractions formelles de provocation est clair : faire preuve d'une certaine indifférence au résultat. Or, cela relève du paradoxe puisque ce dernier s'avère à la fois la raison d'être de l'incrimination, mais son effectivité n'est guère prise en compte.



85. Conclusion du chapitre 1. – L'acte provoqué fait figure de résultat contingent dans les infractions de provocation. Il est nécessairement prévisible en raison de la situation de dépendance intentionnelle qui s'instaure entre le provocateur et le provoqué, mais cette situation n'a pas systématiquement besoin d'aboutir à un résultat effectif pour que la provocation soit punissable. Cela va dépendre des exigences du texte incriminateur. Toutefois, c'est généralement pour permettre la répression d'une provocation non suivie d'effet que le législateur recourt à ce mode de pénalisation²⁷⁵. Il n'est donc pas étonnant que dans la majorité des infractions autonomes ce résultat ne soit pas exigé au titre des éléments constitutifs. En revanche, cet acte provoqué va systématiquement permettre la qualification du comportement et l'application de la bonne disposition pénale.

²⁷⁴ Art. R.121-4 du Code de la route.

²⁷⁵ V. *infra*, n° 129 et s.

Chapitre 2

L'acte provoqué, résultat qualifiant

86. – « La réaction pénale est un réflexe de défense de l'organisme social contre les actes qui le perturbent »²⁷⁶. Elle intervient parce que le crime « porte atteinte aux valeurs et normes de conduite adoptées par la majorité des membres d'une communauté humaine »²⁷⁷. Cette atteinte constitue le résultat redouté mentionné dans le texte d'incrimination. S'agissant des infractions de provocation, il peut être contingent, mais sera toujours qualifiant. En effet, si au stade de la constitution cette raison d'être de l'infraction est délaissée, le résultat a pris toute son importance dans l'étape de qualification. En tant qu'objectif du provocateur, il a déterminé le texte applicable au regard de l'acte provoqué. Ce dernier n'est pas nécessairement illicite, mais il heurtera forcément une valeur sociale protégée. Il s'agit de la problématique de l'illicéité du résultat (Section 1). En tant que conséquence de la provocation, le résultat va par ailleurs préciser la disposition applicable si la répression est duale, c'est-à-dire différenciée selon que la provocation ait été suivie d'effet ou non. Il s'agit alors de la problématique de la dualité du résultat (Section 2).

Section 1. L'ILLICÉITÉ DU RÉSULTAT

87. – Rousseau affirmait que les lois criminelles « sont moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres »²⁷⁸. Le but de l'incrimination est en effet « de protéger ce que le législateur tient pour une valeur sociale »²⁷⁹. Il s'agit d'un choix politique d'opportunité qui vise à ériger en bien juridique un intérêt donné pour ensuite lui accorder la protection du droit pénal. Ce dernier apparaît alors comme « le miroir et le gardien »²⁸⁰ des valeurs dont il assure la sauvegarde sous son égide. En principe, le résultat redouté est donc toujours illicite par nature. Cependant, en matière de provocation, l'acte escompté par l'instigateur – qui justifie la crainte et l'intervention du législateur – peut s'avérer être conforme à la loi. Dès lors, les provocations à un acte illicite (§1) se distinguent des provocations à un acte licite (§2).

§1. LES PROVOCATIONS À UN ACTE ILLICITE

88. **Présentation des provocations à un acte illicite.** – La provocation est sanctionnée parce qu'elle engendre – ou est susceptible d'engendrer – un acte qui sera attentatoire à l'ordre public. L'infraction pénale répond à ce critère : il s'agit d'un comportement que le législateur a décidé de réprimer et qui devient alors illicite. Provoquer à une infraction, c'est entraîner par un jeu d'influence

²⁷⁶ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 29, n° 6.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social* in *Œuvres complètes*, t. III, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1964, v. « livre II, chapitre XII : Division des lois », p. 394.

²⁷⁹ Marc PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 2, p. 7.

²⁸⁰ Frédéric DEBOVE, François FALLETTI et Iris PONS, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 2018, p. 3.

une atteinte à la loi pénale par l'intermédiaire d'un tiers qui agira matériellement en ayant adhéré à une volonté criminelle qui n'était pas initialement la sienne. Cette relation de cause à effet²⁸¹ mène donc celui qui provoque à heurter indirectement le corps social. Dès lors, la pénalisation des provocations à des actes illicites n'est guère surprenante. Envisagée sous l'angle de la complicité par provocation dans le droit pénal général, la répression de l'instigateur trouve en droit pénal spécial un prolongement dans les infractions autonomes de provocation. Celles-ci ont été nécessaires pour plusieurs raisons qui feront l'objet de développements ultérieurs²⁸². Quoiqu'il en soit, ces provocations représentent – assez logiquement – la majorité des infractions qui composent notre corpus de cette étude.

89. Actes illicites appréhendés globalement. – Si le droit pénal a historiquement d'abord envisagé les provocations à des actes illicites, il a de surcroît commencé par se saisir des provocations publiques à de tels actes. Fer de lance de la répression dans ce domaine, l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 punit ceux qui, publiquement, « auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre » une atteinte volontaire à la vie, à l'intégrité de la personne, une agression sexuelle²⁸³, un vol, une extorsion, une destruction, dégradation ou détérioration volontaire dangereuse pour les personnes²⁸⁴. Ces incriminations sont assez généralistes et englobent de très nombreux actes illicites afin de protéger le corps social dans son ensemble. L'atteinte à la liberté d'expression²⁸⁵ est toutefois arbitrée par le législateur en ce que l'article 24 dresse une énumération limitative des actes illicites, contrairement à la répression au titre de la complicité lorsque la provocation est suivie d'effet²⁸⁶.

90. Actes illicites poursuivant un objectif particulier. – En parallèle, certaines infractions de provocation ont un objectif plus précis. Sans prétendre ici dresser une liste exhaustive des actes provoqués illicites existants dans le droit positif²⁸⁷, il est intéressant de remarquer quelques tendances significatives de la politique criminelle en la matière²⁸⁸. À de multiples occasions, la loi pénale est intervenue dans ce cadre pour protéger une personne vulnérable. D'une part, cette personne peut être l'individu victime de l'acte provoqué, tel que dans les provocations à la haine ou à la violence ethnique, xénophobe, religieuse, raciale, sexiste, etc²⁸⁹. D'autre part, cette personne peut être l'individu provoqué lui-même. Cette hypothèse est particulièrement vraie lorsque ce dernier est vulnérable en raison de son âge. Le Code pénal de 1992 a en effet renforcé de manière significative la protection accordée aux

²⁸¹ V. *supra*, n° 79 et s.

²⁸² V. *infra*, n° 112 et s.

²⁸³ Art. 24 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881.

²⁸⁴ Art. 24 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881.

²⁸⁵ Sur cette question, v. notamment Bertrand DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, dir. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, LDGJ, 2000.

²⁸⁶ Art. 121-7 du Code pénal et art. 23 de la loi du 29 juillet 1881.

²⁸⁷ D'une part, le nombre considérable d'infractions autonomes de provocation ne permettrait pas de le faire dans le cadre de cette étude. D'autre part, une théorisation des infractions exclusivement à travers la valeur sociale protégée s'avèrerait particulièrement hasardeuse. En effet, leur diversité – induite par la quantité d'incriminations – remet en cause la faisabilité d'une telle entreprise. Par ailleurs, la notion de valeur sociale est incertaine et n'emporte pas d'adhésion unanime de toute la doctrine. Il est donc plus pertinent de ne s'intéresser ici qu'aux grandes tendances qui peuvent être décelées parce qu'elles irriguent la politique criminelle en matière de pénalisation du provocateur.

²⁸⁸ Sur cette question, v. notamment Sophie MARTIN-VALENTE, *La provocation en droit pénal*, dir. Jacques FRANCILLON, Université Paris-Sud, 2002, pp. 117 et s.

²⁸⁹ Art. 24 al. 7 et 8 de la loi du 29 juillet 1881 ; art. R.625-7 al. 1 et 2 du Code pénal.

mineurs²⁹⁰. Sous la nouvelle expression de « mise en péril des mineurs »²⁹¹ ont été incriminée de nombreuses provocations susceptibles de mettre en péril la santé physique ou psychique du mineur²⁹². Ces infractions sont guidées par l'« immémoriale idée de protéger la fragilité et l'innocence que l'on prête à l'enfance, et de lui éviter le choc de la cruauté et de la bassesse des adultes, comme d'en écarter la révélation des ressorts de vilénie ou d'avidité qui nourrissent souvent [leur] comportement »²⁹³. Enfin, un certain nombre de provocations visent l'ordre étatique et sont incriminées à la fois dans la loi sur la liberté de la presse²⁹⁴, dans le Code pénal²⁹⁵, dans le Code de justice militaire²⁹⁶ et même dans le Code des transports²⁹⁷.

91. – En dehors de ces très nombreuses incriminations qui sanctionnent diverses provocations à des actes attentatoires à la loi pénale, certaines infractions répriment des comportements provocants à des actes qui ne sont pas en eux-mêmes délictueux.

§2. LES PROVOCATIONS À UN ACTE LICITE

92. Inadéquation du critère de licéité. – Si par définition toutes les infractions sont considérées comme attentatoires à l'ordre public, tous les actes attentatoires à l'ordre public ne sont pas nécessairement érigés en infractions. Le législateur opère un choix de politique criminelle ; en deçà d'un certain seuil, il va estimer que le trouble causé au corps social n'a pas à tomber sous le coup de la loi pénale. Dès lors, il s'avère que le critère de la licéité n'est pas suffisant pour embrasser l'ensemble des actes provoqués. Il convient en réalité de se reporter sur la notion de valeur sociale protégée.

²⁹⁰ Robert BADINTER (préface) et la Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, 1988, p. 39 : « Un code dont la vocation première est de protéger l'être humain doit renforcer cette défense quand il s'agit des mineurs ».

²⁹¹ V. notamment Jean-François RENUCCI, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994, p. 59 ; Jean-François RENUCCI, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79.

²⁹² Art. 227-18 du Code pénal (provocation d'un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants) ; art. 227-18-1 du Code pénal (provocation d'un mineur à transporter, détenir, offrir ou céder des stupéfiants) ; art. 227-21 du Code pénal (provocation d'un mineur à commettre un crime ou un délit) ; art. 227-28-3 du Code pénal (provocation à commettre une infraction sexuelle sur un mineur) ; art. 227-24-1 du Code pénal (provocation d'un mineur à se soumettre à une mutilation sexuelle).

²⁹³ Pierre SOUDET, « Nécessités et limites du contrôle cinématographique », *EDCE*, 1978-1979, n° 30, p. 57.

²⁹⁴ Art. 24 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881 : la provocation publique « à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre Ier du livre IV du code pénal » est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

²⁹⁵ Art 411-11 du Code pénal (provocation à la trahison ou à l'espionnage) ; art. 412-8 du Code pénal (provocation à l'armement contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population) ; art. 413-1 du Code pénal (provocation de militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère) ; art. 413-3 du Code pénal (provocation à la désobéissance des militaires ou des assujettis affectés au service national) ; art. 414-1 al. 2 du Code pénal (provocation à l'entrave du fonctionnement normal du matériel militaire en cas d'état de siège ou d'urgence déclaré, ou en cas de mobilisation générale ou de mise en garde décidée par le Gouvernement) ; art. 421-2-5 du Code pénal (provocation à commettre des actes de terrorisme) ; art. 431-6 du Code pénal (provocation à la participation délictueuse à un attroupement armé) ; art. 433-10 du Code pénal (provocation à la rébellion).

²⁹⁶ Art. L.321-18 du Code de justice militaire (provocation à la désertion) ; art. L.323-2 al. 5 du Code de justice militaire (provocation à la révolte en temps de paix) ; art. L.323-3 al. 2 du Code de justice militaire (provocation à la révolte en temps de guerre) ; art. L.323-5 al. 3 du Code de justice militaire (provocation à la rébellion).

²⁹⁷ Art. L.5531-6 du Code des transports (provocation au soulèvement).

93. Adéquation du critère de valeur sociale. – Parfois érigée en « clef de voûte »²⁹⁸ du droit pénal, la valeur sociale protégée correspond à « ce qui semble être, aux yeux du législateur, une condition nécessaire pour une vie saine de la communauté de droit »²⁹⁹. En effet, comme le note un auteur, « quand le législateur incrimine un comportement, c'est pour imposer aux citoyens le respect d'une valeur sociale qu'il juge particulièrement précieuse »³⁰⁰. Celle-ci existe en parallèle du critère de la licéité : une valeur sociale pourra être protégée des atteintes par une ou plusieurs infractions sans que ces dernières ne sanctionnent l'intégralité des troubles qui pourraient lui être causés. Ainsi, l'intégrité physique est une valeur hautement protégée par le droit pénal, mais quelques comportements qui y portent atteinte ne sont pas répréhensibles³⁰¹. Ces silences de la loi pénale répondent pour un certain nombre d'entre eux à la prétention croissante de chacun à disposer de son corps comme il le souhaite³⁰² et à un attachement contemporain grandissant à la notion de consentement³⁰³. Néanmoins, dans le cadre de la provocation, l'instigateur pourrait influencer un tiers afin qu'il commette un tel acte. Ce dernier, licite, empêchera une répression de la provocation fondée sur un emprunt de criminalité. L'individu provoqué n'a pas eu d'intention délictueuse puisque son acte était conforme à la loi. Pour autant, le comportement du provocateur peut être considéré comme attentatoire à un « besoin social impérieux »³⁰⁴. Dans le cas du suicide, l'individu provoqué ne commet aucune infraction en passant à l'acte. En revanche, celui qui aura influencé de manière certaine et déterminante son comportement est indéniablement habité d'une volonté criminelle en ce qu'il a porté une atteinte indirecte mais délibérée à la vie humaine. Pour cette raison, le critère de l'atteinte à une valeur sociale protégée est plus approprié que celui de licéité dans la définition du résultat redouté de la provocation.

94. Pénalisation controversée des provocations à un acte licite. – Nombreux sont les auteurs qui soulèvent le paradoxe inhérent à la pénalisation des provocations à un acte licite. « Curiosité juridique »³⁰⁵ pour certains, « non-sens »³⁰⁶ pour d'autres, cette répression est parfois qualifiée d'« antinomie législative »³⁰⁷. Puisque l'acte n'est pas, au premier degré, punissable par le droit pénal, pourquoi son instigateur devrait-il tomber sous le coup de la loi ? La question trouve une esquisse de

²⁹⁸ Julien WALTHER, « L'illicéité et les valeurs sociales protégées », *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Dalloz, 2020, p. 17.

²⁹⁹ Karl BINDING, *Die Norm und ihre Übertretung*, t. I, Scientia, 1965, p. 339.

³⁰⁰ Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2005, p. 225.

³⁰¹ On peut penser entre autres aux scarifications, aux actes médicaux, aux violences sportives, à la circoncision, etc.

³⁰² Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004.

³⁰³ V. Ruwen OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes*, Gallimard, 2007 : le philosophe développe une conception moderne de l'éthique, qualifiée de minimaliste par opposition au maximalisme kantien qui fonde la valeur morale sur l'intention (v. Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs* in *Œuvres philosophiques (Tome II)*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1985). Selon cette théorie, l'Homme n'a de devoir moral qu'envers autrui et ces devoirs se limitent au principe de non-nuisance. Dès lors, ce qu'un Homme libre et éclairé s'auto-inflige n'a aucune importance morale, de même que ce que des personnes libres, éclairées et consentantes s'infligent entre elles. Cette éthique minimaliste a trouvé un écho important jusque dans le domaine juridique et a conduit à légitimer certains actes violents consentis. Ruwen Ogien illustre d'ailleurs son raisonnement en prenant appui sur des comportements loin d'être étrangers au droit pénal (le suicide, l'euthanasie, les scarifications, la pornographie, le sado-masochisme, la prostitution ou encore l'homosexualité). Cette conception de la morale justifie notamment, *a priori* ou *a posteriori*, la dépénalisation d'un certain nombre de comportements qui, bien que portant atteinte à une valeur sociale protégée par le droit pénal, ne sont dorénavant plus susceptibles d'être réprimés par lui.

³⁰⁴ Raphaële PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 247.

³⁰⁵ Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COUVROT, Université de Limoges, 1978, p. 139.

³⁰⁶ Sophie MARTIN-VALENTE, *La provocation en droit pénal*, dir. Jacques FRANCILLON, Université Paris-Sud, 2002, p. 164 : « Déclarer pénalement punissable une provocation à un fait qui ne l'est pas paraît juridiquement être un non sens. Comment peut-on, de façon rationnelle, comprendre que soit incriminé le fait d'inviter autrui à accomplir un acte réputé licite ? ».

³⁰⁷ Nathalie JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, dir. Roger BERNARDINI, Nice, 2000, p. 364.

réponse dans les développements précédents. Si l'acte en question est toléré par le droit, il peut néanmoins être dangereux ou immoral pour l'individu ou la société. Le législateur se charge donc d'intervenir dès lors que leur commission ne résulte pas d'un libre arbitre plein et entier afin de protéger la valeur sociale susceptible d'être atteinte. Une fois de plus, c'est généralement de la protection d'une personne vulnérable dont il est question, ce qui transparait comme des sortes de « remords du législateur »³⁰⁸.

95. Diverses infractions de provocation à des actes licites. – Les infractions de provocation à des faits licites ne sont pas si rares. La plus connue d'entre elles demeure probablement l'infraction de provocation au suicide³⁰⁹, mais il existe également la provocation à l'abandon d'enfant³¹⁰, la provocation d'un mineur à la consommation excessive ou habituelle d'alcool³¹¹, la provocation à la prostitution³¹² ou encore la provocation à la discrimination raciale ou sexiste, qu'elle soit publique³¹³ ou non publique³¹⁴. Si l'acte provoqué, en tant que résultat de ces diverses provocations, n'a pas de « coloration pénale »³¹⁵, il est indéniable qu'il porte atteinte à des valeurs sociales protégées alors que ces dernières sont au service de l'édiction d'un ordre public pénal³¹⁶. Leur pénalisation n'est donc pas dénuée de sens.

96. – Qu'il soit licite ou illicite, l'acte provoqué incarne un résultat redouté visé dans le texte d'incrimination. C'est au regard de celui-ci que le juge déterminera l'infraction ou les infractions potentiellement applicable(s). Dans certaines hypothèses, la qualification pénale de la provocation va néanmoins être encore affinée selon que ce résultat ait été atteint ou non. En la matière, les textes tels qu'ils sont rédigés dans le droit positif sont marqués par la dualité du résultat.

Section 2. LA DUALITÉ DU RÉSULTAT

97. Typologie des incriminations basée sur l'effectivité du résultat. – Une fois le résultat redouté identifié, et *de facto* les incriminations le mentionnant sélectionnées, la qualification des faits va parfois nécessiter un choix de la disposition applicable qui dépendra de l'effectivité du résultat. S'il peut être contingent du point de vue de sa réalisation, ce dernier s'avère alors un élément qualifiant dans l'infraction au regard de cette circonstance. Les développements précédents ont mis en évidence une double possibilité : soit la provocation est suivie d'effet, soit elle n'est pas suivie d'effet³¹⁷. Partant de cette distinction, le droit positif connaît quatre types d'incriminations autonomes de la provocation qui devront être assimilées pour permettre de qualifier le comportement de l'instigateur.

³⁰⁸ Gérard MÉMETEAU, « L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur », *JCP G*, 1976, I, 2781.

³⁰⁹ Art. 223-13 du Code pénal.

³¹⁰ Art. 227-12 du Code pénal.

³¹¹ Art. 227-19 du Code pénal.

³¹² Art. 225-5, 3° du Code pénal.

³¹³ Art. 24 al. 7 et 8 de la loi du 29 juillet 1881.

³¹⁴ Art. R.625-7 al. 1 et 2 du Code pénal.

³¹⁵ Olivier DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, dir. Philippe CONTE, Dalloz, 2008, p. 169, n° 293.

³¹⁶ Audrey DARSONVILLE, « La pertinence des valeurs sociales protégées », *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Dalloz, 2020, p. 46.

³¹⁷ V. *supra*, n° 79 et s.

98. Incrimination moniste matérielle. – Pour un résultat redouté α , le législateur peut prévoir que la provocation à α sera punie si et seulement si elle est suivie d'effet. Cela signifie que α doit s'être réalisé. L'intérêt d'une telle infraction est très limité puisque, dans la majorité des cas, l'article 121-7 du Code pénal permet d'ores et déjà de sanctionner ce comportement par le truchement de la complicité, exception faite de l'hypothèse où α est un acte licite.

99. Incrimination dualiste différenciée. – Pour un résultat redouté δ , le législateur peut prévoir que la provocation à δ sera punie distinctement selon qu'elle ait été ou non suivie d'effet. Cela signifie que la peine prévue par l'infraction diffère selon que δ se soit concrètement réalisé ou non. Dans ses termes, l'incrimination va explicitement prévoir les deux hypothèses et les distinguer l'une de l'autre. Dans une même disposition ou dans deux alinéas voire deux articles différents, la loi prévoira la sanction d'une part « si la provocation a été suivie d'effet » et d'autre part « si la provocation n'a pas été suivie d'effet ». Généralement, ce choix s'explique par la volonté d'instaurer une différence de quantum entre la peine punissant la provocation lorsque δ se réalise et celle punissant la provocation lorsque δ n'est pas survenu.

100. Incrimination dualiste indifférenciée. – Pour un résultat redouté β , le législateur peut prévoir que la provocation à β sera punie indifféremment quel que soit son effet. Cela signifie que la réalisation de β est totalement indifférente à la constitution de l'infraction. Dans ses termes, soit l'incrimination ne mentionnera rien s'agissant de l'effectivité de β , soit elle précisera que la provocation est punissable « même non suivie d'effet » ou « qu'elle ait été ou non suivie d'effet ». L'intérêt est répressif : lorsque β ne survient pas, le provocateur sera puni sur le fondement de cette infraction, et lorsque β se réalise, il sera puni soit sur le fondement de cette infraction, soit sur le fondement de l'article 121-7, selon que la peine encourue soit plus importante dans l'un ou l'autre des cas.

101. Incrimination moniste formelle. – Pour un résultat redouté θ , le législateur peut prévoir que la provocation à θ sera punie par l'infraction considérée si et seulement si elle n'est pas suivie d'effet. Cela signifie que la réalisation de θ fait obstacle à la qualification des faits par ce texte. Dans ses termes, l'incrimination précisera généralement que l'instigateur n'est répréhensible sur son fondement que « dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet ». L'intérêt est de pouvoir punir une provocation en causalité formelle, mais de renvoyer nécessairement aux conditions de l'article 121-7 du Code pénal lorsque la causalité devient matérielle.

102. – Dans cette typologie, deux formes sont monistes (1 et 4) et deux dualistes (2 et 3). Les incriminations monistes sont extrêmement rares³¹⁸ et ne posent pas de difficulté s'agissant de la qualification des faits. Les incriminations dualistes sont *a contrario* majoritaires et nécessitent quelques précisions. Le raisonnement se tiendra suivant cette césure : lorsque la provocation relève d'un dualisme différencié, le caractère dual est explicite dans l'incrimination (§1) alors que si la provocation relève d'un dualisme indifférencié, le caractère dual est implicite (§2).

³¹⁸ Sans établir une liste exhaustive : pour l'incrimination moniste matérielle, il y a notamment l'article 223-13 du Code pénal qui incrimine la provocation au suicide exclusivement si elle est suivie d'effet ; pour l'incrimination moniste formelle, il y a notamment l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 dans ses alinéas 1 à 3 qui incrimine diverses provocations exclusivement dans le cas où elles n'auraient pas été suivies d'effet.

§1. LES PROVOCATIONS DUALES EXPLICITES

103. – Certaines infractions s'appuient sur un procédé d'incrimination de type dualiste différencié. Dans cette hypothèse la dualité du résultat ressort du texte incriminateur lui-même puisque le législateur va prévoir, au sein d'une même disposition ou dans deux dispositions différentes, les sanctions respectives distinctes de la provocation suivie d'effet et de celle non suivie d'effet. Respectant ce schéma, l'article 211-2 du Code pénal dispose dans son premier alinéa que « la provocation publique et directe, par tous moyens, à commettre un génocide est punie de la réclusion criminelle à perpétuité si cette provocation a été suivie d'effet » puis dans son alinéa second que « si la provocation n'a pas été suivie d'effet, les faits sont punis de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ». Dans un genre similaire, l'article 412-8 du Code pénal dispose dans son premier alinéa que « le fait de provoquer à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende », puis dans un alinéa second que « lorsque la provocation est suivie d'effet, les peines sont portées à trente ans de détention criminelle et à 450 000 euros d'amende ». Ces dispositions font preuve d'une explicitation moins éloquente que les premières. La dualité se déduit uniquement par la lecture du second alinéa. Le premier ne mentionne nullement qu'il s'applique seulement aux provocations non suivies d'effet. Cette information est impliquée par la formulation du second alinéa qui, quant à lui, précise qu'il ne s'appliquera qu'aux provocations suivies d'effet. Quoi qu'il en soit, cette dualité explicite n'est pas l'apanage du Code pénal. Entre autres exemples, reprennent notamment cette méthode d'incrimination les articles L.2341-5 et L.1333-13-2 du Code de la défense qui répriment d'une part la provocation à commettre des infractions dans le domaine des armes biologiques ou à base de toxines et d'autre part la provocation à commettre des infractions dans le domaine des armes nucléaires et des matières qui s'y rattachent. Le législateur reprend explicitement la dualité de résultat dans le texte d'incrimination et la consacre afin de lui faire subir des conséquences d'ordre répressif : une augmentation des peines en cas d'effet. Le résultat devient alors, suivant son effectivité, un indicateur de la gravité de l'infraction et justifie le quantum de la peine. Il n'est pas possible d'en dire autant lorsque la loi consacre une provocation duale implicite.

§2. LES PROVOCATIONS DUALES IMPLICITES

104. – Certaines infractions de provocation s'appuient sur un procédé d'incrimination de type dualiste indifférencié. Dans cette hypothèse la dualité du résultat est sous-jacente. L'incrimination pourra s'appliquer aussi bien à une provocation suivie d'effet qu'à une provocation non suivie d'effet, mais la disposition ne fait aucune différence dans la répression au regard de ces circonstances. En effet, vis-à-vis de la qualification, le législateur n'attache qu'aucune conséquence à la survenance du résultat. Respectant ce schéma, l'article 227-18 du Code pénal dispose que « le fait de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ». De même, l'article 433-10 du Code pénal dispose que « la provocation directe à la rébellion, manifestée soit par des cris ou des discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie de deux mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ». Dans le silence du législateur, l'infraction pourra s'appliquer de manière indifférenciée à des comportements provocants parvenus à leur fin et à des comportements provocants ayant échoué. Il arrive de surcroît que l'incrimination fasse appel à une

expression telle que « alors même que cette provocation n'a pas été suivie d'effet », comme cela s'observe dans l'article L.3421-4 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique. Dans ce cas encore il s'agit d'un modèle dualiste et implicite puisque, si la césure n'est pas apparente dans la répression, cette infraction de provocation qui n'exige pas d'être suivie d'effet reste évidemment punissable si elle l'a été³¹⁹. Un auteur note à ce sujet que « l'analyse jurisprudentielle et les opinions doctrinales sont sans ambiguïté : là où le texte n'exige pas expressément que la provocation soit suivie d'effet, on estime qu'il ne distingue pas »³²⁰. Le juge vérifiera tout au plus que la répression au titre de la complicité ne permettra pas de sanctionner plus sévèrement le provocateur, auquel cas il délaissera l'infraction autonome au profit de l'article 121-7 du Code pénal.



105. Conclusion du chapitre 2. – En sanctionnant des provocations à des faits licites, le législateur vient nuancer l'idée que « les valeurs ne sont pas des essences éternelles »³²¹. Si certains actes perdent leur caractère illégal sous l'influence du droit à disposer de soi, leur commission pourra continuer de heurter le corps social. Le critère adéquat s'agissant de l'acte provoqué demeure donc bien la valeur sociale protégée, plutôt que la licéité. C'est en se référant à la valeur que le provocateur a entendu atteindre que le juge choisira la qualification juridique. De surcroît, dans les hypothèses où le législateur différencie les peines suivant que la provocation ait ou non été suivie d'effet, c'est à nouveau le résultat qui va permettre de qualifier juridiquement les agissements infractionnels de l'instigateur. En définitive, s'il est un élément contingent, ce résultat est aussi incontestablement un élément qualifiant de l'infraction de provocation.

CONCLUSION DU TITRE 2

106. – Par la formule *cogitationis poenam nemo patitur*³²², les romains entendaient sortir de la sphère du droit pénal les seules pensées criminelles. Sans fondamentalement porter atteinte à ce principe, les infractions de provocation tendent à en amoindrir la portée. En incriminant de manière autonome un comportement provocant sans exiger qu'il ne soit suivi d'effet, le législateur permet parfois de sanctionner une extériorisation atténuée de la volonté criminelle. Ce biais est supposé contrebalancé par l'exigence de prévisibilité du résultat à travers la situation de dépendance qui s'instaure entre le provocateur et le provoqué. Il n'en demeure pas moins que le résultat des infractions de provocation apparaît comme un effet contingent. En revanche, parce qu'il permet de déterminer systématiquement la qualification pénale applicable, ce résultat conserve son statut d'élément qualifiant, qui se trouve par ailleurs renforcé par sa contingence, source de dualité dans la répression.

³¹⁹ Crim. 1^{er} mars 1951 : Bull. crim. n° 68 ; Crim. 24 mars 1955 : Bull. crim. n° 177 ; RSC, 1955, p. 537.

³²⁰ Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COUVROT, Université de Limoges, 1978, p. 154.

³²¹ Paul RICOEUR, « Avant la loi morale : l'éthique », *Encyclopædia Universalis*, Encyclopædia Britannica, 1985 : « Les valeurs ne sont pas des essences éternelles ».

³²² « Nul n'est puni pour de simples pensées », v. Domitius ULPIANUS et Julius PAULUS, *Digeste de Justinien*, Livre 48, Titre 19, Paragraphe 18, Promulgué en 533, d'après les commentaires de l'Édit du préteur par Ulpien.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

107. De l'existence à l'essence. – « Si j'ai donné l'idée que la théorie naît toute seule du dépôt de l'expérience, comme une sorte de calcaire de connaissance, c'est un grand malentendu. La théorie ne naît au contraire que de l'effort réflexif de questionnement comme une construction sur l'expérience »³²³. Mettant en œuvre le principe sartrien au terme duquel l'existence précède l'essence³²⁴, c'est en observant les infractions de provocation sous le prisme de leur texte d'incrimination qu'une typologie générale a pu en être dressée. Un comportement provocant polymorphe et nécessairement intentionnel donne lieu à un résultat possiblement contingent mais systématiquement qualifiant. De l'essai de conceptualisation de l'une et l'autre de ces composantes primaires de l'infraction de provocation ressortent deux constats. Premièrement, ce corpus est empreint d'une hétérogénéité considérable. Dans les qualifications, dans les circonstances, dans l'effectivité ou dans la licéité, l'unité cède le pas à la dualité, voire à la polymorphie. Deuxièmement, ce corpus est empreint d'une subjectivité notable, qu'elle s'observe dans la caractérisation de l'intention du provocateur ou dans la causalité qui lie le comportement au résultat. Ces conclusions permettent d'en proposer une définition incomplète, uniquement relative à leur essence : les infractions de provocation sont des incriminations de comportements fautifs, éminemment intentionnels, qui révèlent une volonté criminelle et perverse de leur auteur se matérialisant à travers des moyens d'influence sur la volonté d'autrui et visant à instaurer une situation déterminante de dépendance intentionnelle et causale pour amener ce dernier à commettre un résultat redouté par le corps social car attentatoire à une valeur sociale protégée.

108. De l'essence au sens. – En principe, « les délits d'un même genre, ayant par hypothèse des propriétés communes, doivent se voir appliquer les mêmes propositions générales »³²⁵. S'agissant des infractions de provocation, les développements ultérieurs permettront de démontrer qu'elles ne répondent pas à ce principe. Au regard du droit positif, elles sont davantage une catégorie conceptuelle qu'une véritable nature d'infraction³²⁶. Pour le démontrer, il faut à présent se pencher sur le sens de ce corpus, sur la raison d'être de ces incriminations aux contours si vastes.

³²³ Michel VERRET, « La place de la recherche dans la formation des enseignants », *Recherche et formation*, Le journal de classe, 1991, p. 36.

³²⁴ Jean-Paul SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, 1996.

³²⁵ Jean-Paul DOUCET, « Les familles d'infractions », *RDPC*, 1975, p. 769.

³²⁶ Les expressions « les infractions de provocation » au pluriel ou « le corpus » continueront donc d'être privilégiées.

Seconde partie

LE SENS DES INFRACTIONS DE PROVOCATION

109. De la mise à l'épreuve de la théorie. – Dans une réflexion sur l'opposition traditionnelle entre la théorie et la pratique, le regretté professeur Jean Larguier note que le « raisonnement purement intellectuel et abstrait détaché de la vie et du réel »³²⁷ a ses limites. « À quoi bon ratiociner sur l'existence précise des éléments de l'infraction et en faire des exposés savamment structurés selon l'usage, face aux problèmes [réels de la délinquance] ? »³²⁸ « Obligée de s'en dégager pour élaborer ses résultats, la théorie doit sans cesse s'engager dans la pratique pour continuer à exister »³²⁹. L'étude purement conceptuelle de la structure des infractions de provocation ayant été menée, il s'agit à présent de la mettre à l'épreuve dans une recherche consacrée au sens du corpus qu'elles composent. C'est à l'appui des conclusions de la théorie précédemment élaborée que sera conduite cette entreprise. De la sorte, les différentes composantes des incriminations qui ont été observées viendront épauler la quête de sens et ne demeureront pas « un savoir pur et figé »³³⁰.

110. De l'engagement dans une quête de sens. – L'incrimination résulte d'un choix et d'une volonté politique. Le sens des infractions de provocation ne peut donc être compris qu'en caractérisant la politique criminelle à leur fondement. Celle-ci est à la fois antérieure au corpus puisqu'elle en est la source et postérieure puisqu'elle en constitue l'objectif. La quête de sens devra ainsi commencer par dégager la raison d'être de ces infractions, puis s'intéresser à leur fonction. Pour cela, il serait incohérent de les appréhender en vase clos, dénuées d'un quelconque lien avec le reste de l'arsenal répressif. C'est au contraire en replaçant le corpus dans la réalité positive de ce dernier qu'il sera possible d'en dégager le fondement : celui d'une nécessaire autonomie de la pénalisation vis-à-vis de la complicité (Titre 1). De surcroît, la provocation illicite ne reflète pas une criminalité ordinaire. La particularité de l'intention criminelle qui la caractérise justifie qu'une attention si grande lui soit accordée par le législateur. En effet, au regard du droit pénal général, le provocateur fait partie de ces criminels « dont la vie entière est un acte préparatoire »³³¹. Pour en penser la pénalisation, il ne sera donc pas possible de faire l'impasse sur les spécificités de cette figure criminologique. C'est d'ailleurs sur celles-ci que se fondent plusieurs conséquences répressives propres aux infractions autonomes. Ce corpus trouve alors sa légitimité (Titre 2) dans l'objectif d'une appréhension renouvelée de la provocation, capable d'apporter une sanction cohérente que n'offre pas la complicité.

³²⁷ Jean LARGUIER, « Ce que les praticiens appellent la pratique (précédé de quelques propos théoriques) », *Mélanges offerts à Raymond Gassin : sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 276.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ Gérard MALGLAIVE, « Théorie et pratique », *RFP*, 1982, p. 22.

³³⁰ Jean-Paul SARTRE, *Questions de méthode*, Gallimard, 1967, p. 33.

³³¹ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. III, 3^e éd., Sirey, 1913, p. 39, n° 894.

Titre 1

L'AUTONOMIE DE LA PÉNALISATION

111. – « Il est bien temps de répandre des larmes quand on a causé un malheur irréparable »³³². Tels sont les mots que Pierre Choderlos de Laclos prête à l'un de ses personnages, Madame de Rosemonde, lorsque celle-ci apprend qu'après la mort de son neveu, celui qui l'eut provoqué à prendre part au duel armé qui causa sa mort témoigna sa tristesse une fois le malheur survenu. Cette formule met en avant le cynisme de l'instigateur et réaffirme son rôle *ante criminis*, en causalité déterminante avec le dommage caractérisé par l'acte provoqué. Il s'en déduit une gravité de son comportement caractérisée avant même que le résultat qu'il escompte ne survienne. Or, le système pénal français appréhende traditionnellement la provocation comme un élément constitutif de la complicité d'une infraction commise à titre principal. Ce mode de répression, proposé par le droit général, s'est révélé inapte à saisir les comportements provocants suffisamment tôt pour les réprimer avant que leur influence ne mène à une atteinte aux valeurs sociales protégées. Prenant conscience de leur dangerosité, le législateur a décidé d'émanciper une part de la pénalisation du cadre du droit commun en consacrant des infractions autonomes. L'insuffisance de la complicité s'est donc révélée être une conjoncture catalysante (Chapitre 1). C'est ainsi que la provocation, davantage qu'une modalité de la complicité au crime d'autrui, s'entend dorénavant comme un corpus d'infractions dont le domaine est beaucoup plus large que celui dont elles sont issues. Néanmoins, en saisissant les volontés criminelles des instigateurs de cette manière, le législateur a surdéveloppé l'arsenal répressif qui a perdu de sa cohérence en péchant par un excès d'incriminations. Cette hypertrophie du droit spécial s'est alors présentée comme une conjoncture défailante (Chapitre 2).

³³² Pierre-Ambroise-François CHODERLOS DE LACLOS, *Les Liaisons dangereuses*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1932, v. « Lettre CLXIII : Monsieur Bertrand à Madame de Rosemonde ».

Chapitre 1

L'insuffisance du droit général, conjoncture catalysante

112. Présentation générale de la participation criminelle. – Si l'auteur et le complice sont « cousus dans le même sac »³³³, ce n'est « pas du même fil »³³⁴. Leur sort est à la fois étroitement lié, mais pas indissociable³³⁵. Historiquement, la manière de participer au crime était indifférente dans l'établissement de la culpabilité. Dans les sociétés primitives, seule comptait d'ailleurs l'appartenance au groupe³³⁶. Progressivement, le droit criminel s'est attaché à un principe aujourd'hui devenu fondateur : la responsabilité du fait personnel. Selon le proverbe, « qui fait la faute, la boit »³³⁷ ; la responsabilité s'est individualisée. D'une part, seuls les individus ayant participé à l'infraction sont susceptibles d'être punis³³⁸. D'autre part, chaque individu est appréhendé selon son degré propre de participation³³⁹. Peu à peu, la participation criminelle est ainsi devenue « le souci majeur des pénalistes »³⁴⁰. Lorsqu'une infraction est commise par le concours de plusieurs individus, « le fait personnel de chacun est enchevêtré dans un fait collectif »³⁴¹ et le juge doit distinguer la participation des protagonistes en termes d'intensité, selon qu'elle ait été de premier plan ou accessoire³⁴². Le Code pénal reprend ces deux conjonctures : dans la première hypothèse, il s'agira d'un auteur ou coauteur³⁴³ ; dans la seconde, il revêtira la qualité de complice³⁴⁴. Alors que l'auteur accomplit ou tente d'accomplir personnellement tous les éléments constitutifs de l'infraction, le complice ne fait que faciliter ou provoquer l'action de l'auteur par des agissements d'une importance secondaire. En ce sens, « la complicité suppose bien une participation à un acte coupable, mais une participation indirecte seulement »³⁴⁵. L'appréhension du provocateur par le droit pénal général a questionné la suffisance de ces deux modes de participation. D'abord sanctionnée par le truchement de la complicité, les insuffisances de celle-ci (Section 1) se sont imposées comme une véritable conjoncture catalysante et ont conduit le législateur à recourir au droit spécial en consacrant des infractions autonomes punissant l'instigateur comme auteur (Section 2).

³³³ Jean CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices », *JCP G*, 1952, I, 1034.

³³⁴ Bertrand DE LAMY, obs. sous Crim. 8 janv. 2003 : *D*, 2004.310.

³³⁵ Elisa BARON, *La coaction en droit pénal*, dir. Valérie MALABAT, Université de Bordeaux IV, 2012, p. 11.

³³⁶ Edouard VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, dir. André DECOCQ, LGDJ, 2002, n° 159 et s.

³³⁷ Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières*, t. I, rééd. par André DUPIN et Édouard LABOULAYE, Durand et Vidécoq, 1846, p. 204.

³³⁸ Dominique ALLIX, *Essai sur la coaction : contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, dir. Jean-Claude SOYER, LGDJ, 1976, n° 41 et s.

³³⁹ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, t. I, Merigot-Crapart-Morin, 1780, pp. 5 à 11 ; Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, t. I, Debure, 1771, pp. 20 et s.

³⁴⁰ Pierre-Guy BISWANG, *La distinction du coauteur et du complice*, Université de Paris, 1963, p. 3

³⁴¹ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 381, n° 391.

³⁴² Régis FERNEX DE MONTGEX, *Étude sur la complicité*, Université de Grenoble, 1867, p. 98 : « le criminaliste devra fixer la culpabilité matérielle du fait, la culpabilité intentionnelle des participants et, c'est là la plus grande difficulté, se demander quelle part chaque délinquant doit prendre dans la culpabilité matérielle ».

³⁴³ Art. 121-4 du Code pénal.

³⁴⁴ Art. 121-7 du Code pénal.

³⁴⁵ Émile DESGUERROIS, *La complicité*, Université de Montpellier, 1887, p. 1.

Section 1. LES LACUNES DE LA COMPLICITÉ

113. – Fondée sur des règles précises et strictes du droit pénal général (§1), la répression du complice s'est révélée à certains égards inadaptée, voire défailante, pour saisir et réprimer l'ensemble du phénomène de la provocation criminelle (§2).

§1. LES FONDEMENTS DE LA COMPLICITÉ

114. Participation criminelle du provocateur. – Le provocateur est « celui qui, sans participer physiquement à l'infraction, a suggéré à l'auteur matériel de la commettre » ; il a « conçu le premier l'idée du crime et en a décidé sa perpétration par une personne interposée à qui il a transmis sa décision »³⁴⁶. Son comportement est donc l'une des causes génératrices de l'infraction, et de surcroît une cause prépondérante. Pour autant, son appréhension par le droit pénal français s'agissant de la participation criminelle est « d'une relative pauvreté, voire d'une simplification parfois excessive »³⁴⁷. En effet, le droit pénal général s'est traditionnellement contenté d'en faire un cas de complicité, d'abord au sein de l'ancien article 60 du Code pénal de 1810, puis à l'article 121-7 du Code pénal réformé de 1992. C'est ainsi qu'au début du XXe siècle, Émile Garçon affirmait que « les actes de complicité antérieurs au délit sont exclusifs d'une participation directe à sa consommation » et en déduisait que le provocateur n'est qu'« un complice qui ne peut être puni que si les conditions établies par l'article 60 sont remplies »³⁴⁸. Cette conception du rôle du provocateur est empreinte des réflexions philosophiques des Lumières. Montesquieu estimait en ce sens que l'auteur de l'infraction ne peut être que celui qui en a accompli la matérialité³⁴⁹. Le provocateur n'est donc qu'un participant accessoire et le juge doit s'assurer qu'il répond aux conditions de la complicité pour être sanctionné.

115. Généralités sur la complicité par provocation. – Le droit pénal général prévoit qu'est complice « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction »³⁵⁰. En tant que simple complice, le provocateur doit donc satisfaire aux exigences de ce mode de participation criminelle. Au milieu du XXe siècle, le Doyen Carbonnier soutenait une sanction de la complicité fondée sur un emprunt de pénalité. En matière de provocation, cette théorie avait l'avantage de ne pas exiger que l'acte provoqué soit constitutif d'une infraction pénale³⁵¹, il aurait suffi qu'il « présente le visage d'une infraction criminelle ou délictueuse »³⁵². Son

³⁴⁶ Shamloo BAGHEER, *La provocation en droit français et iranien*, dir. Christine LAZERGES, Université de Montpellier, 2000, p. 34.

³⁴⁷ Diane PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, dir. Gaëtan DI MARINO, LGDJ, 2012, p. 122.

³⁴⁸ Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd. par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, 1952, art. 60, p. 156, n° 26.

³⁴⁹ MONTESQUIEU, *Œuvres de Monsieur de Montesquieu (Tome I), De l'esprit des lois*, Nourse, 1772, p. 242 et 243 : « Un Marsyas songea qu'il coupait la gorge à Denys. Celui-ci le fit mourir, disant qu'il n'y aurait pas songé la nuit s'il n'y eût pensé le jour. C'était une grande tyrannie : car, quand même il y aurait pensé, il n'aurait pas attenté. Les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures » : « il faut que la pensée soit jointe à quelque sorte d'action ».

³⁵⁰ Art. 121-7 al. 2 du Code pénal.

³⁵¹ Jean CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP G*, 1952, I, 1034 : « En exigeant que l'action soit qualifiée crime ou délit, l'article 60 ne veut pas dire qu'elle doit remplir toutes les conditions requises pour être positivement punissable, préoccupation étrangère à la théorie de la qualification, il se borne à demander qu'elle réalise en elle la description légale d'une infraction ».

³⁵² Bertrand DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, dir. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, LDGJ, 2000, p. 303.

application aurait donc permis une large répression du provocateur par le truchement de la complicité, notamment s'agissant des provocations à des actes licites³⁵³. Telle ne fut toutefois pas la solution retenue par le législateur de 1992 qui lui préféra l'emprunt de criminalité. Cette seconde théorie requiert un lien entre l'acte de complicité – le comportement provocant – et un fait principal punissable constitué par l'acte matériel – le résultat provoqué. Le provocateur complice ne peut en conséquence être sanctionné que si ses agissements se rattachent à une infraction pénale tentée³⁵⁴ ou commise ; l'acte provoqué ne peut pas se contenter d'avoir « figure reconnaissable de délit »³⁵⁵.

116. Objet de l'emprunt du provocateur complice. – L'exigence d'un fait principal punissable a été rappelée à de très nombreuses reprises par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui affirme que « la complicité légale n'existant qu'autant qu'il y a un fait principal punissable, ce fait principal constitue un des éléments nécessaires de la complicité et doit être constaté »³⁵⁶. Cette application relève d'une conception dite « juridique » de la complicité. Cependant, afin d'élargir la répression, une solution prétorienne dérogatoire a été proposée. En se fondant sur une conception cette fois « objective », la Chambre criminelle a estimé qu'il n'était pas nécessaire que l'élément moral de l'infraction principale soit constitué. Dès lors, le défaut d'intention coupable de l'auteur « n'exclut pas la culpabilité d'un complice »³⁵⁷. En dépit de son caractère *contra legem*³⁵⁸, cette solution n'est pas restée isolée et fut réaffirmée par la suite³⁵⁹. Certains auteurs parlent alors d'une « assimilation de qualification »³⁶⁰. En conséquence, est un objet d'emprunt du provocateur-complice tout acte qui constitue une infraction dans sa matérialité.

117. Modes d'emprunt du provocateur complice. – L'article 121-7 du Code pénal ne définit pas la provocation mais fait référence à un don, une promesse, une menace, un ordre et un abus d'autorité ou de pouvoir. Ces moyens sont limitativement énumérés par le législateur. En dehors de ces agissements, le provocateur ne devrait donc pas tomber sous le coup de cette disposition. L'invitation ou le conseil ne sont en ce sens pas susceptibles de constituer un moyen de complicité par provocation³⁶¹. Toutefois, il est arrivé que la jurisprudence fasse une interprétation large, voire extensive, de ces adinicules. En dehors de ces quelques atténuations, les conditions de la complicité restent strictes et vont s'avérer de véritables limites dans la répression du provocateur. À l'origine d'impunités, ces différentes exigences mèneront à des impasses.

³⁵³ V. *supra*, n° 92 et s.

³⁵⁴ La consommation complète de l'infraction principale n'est pas nécessaire. Celle-ci peut n'avoir été que tentée. Il s'agira alors d'une complicité de tentative. V. entre autres Crim. 19 mars 1998, n° 97-86.694 : *Gaz. Pal.*, 1998, p. 2 ; CA Douai, 4e ch. corr., 21 octobre 2003, n° 03/00007 : *JCP G*, 2004, II, 10115, obs. Jean-Yves Maréchal ; *DP*, 2004, n° 59, obs. Michel VÉRON.

³⁵⁵ Jean CARBONNIER, *op. cit.*

³⁵⁶ V. entre autres Crim. 1^{er} mars 1945 : Bull. crim. n° 7 ; *D*, 1945.265 ; Crim. 13 novembre 1973 : *Gaz. Pal.*, 1974, 1, p. 73 ; Crim. 1^{er} décembre 1987 : *D*, 1987.438 ; Crim. 14 avril 1999, n° 98-84.081 : *RSC*, 1999, p. 809.

³⁵⁷ Crim. 8 janvier 2003, n° 01-88.065.

³⁵⁸ L'article 121-7 exige une « infraction », donc l'élément matériel tout autant que l'élément moral. V. notamment Bernard BOULOC, « Complicité et relaxe de l'auteur », *RSC*, 2003, p. 553 ; Bertrand DE LAMY, « La culpabilité du complice est autonome ou les méandres de la criminalité d'emprunt », *D*, 2004.310 ; Évelyne GARÇON, « Complicité du délit d'exportation illicite de stupéfiants et fait principal punissable », *D*, 2003.2661.

³⁵⁹ V. notamment Crim. 15 décembre 2004, n° 03-87.827 : *DP*, 2005, n° 79, obs. Jacques-Henri ROBERT.

³⁶⁰ Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 699, n° 1057.

³⁶¹ Crim. 12 décembre 1942 : *Gaz. Pal.*, 1943, I, p. 117 ; Crim. 24 décembre 1942 : *JCP G*, 1944, II, 2651 ; Crim. 13 janvier 1954, *D*, 1954.128.

§2. LES ÉCHECS DE LA COMPLICITÉ

118. – Le mécanisme de l'emprunt de criminalité apparaît à la fois comme une source et une restriction pour la répression du provocateur par le truchement de la complicité. Il réduit le champ d'application de ce mode de participation criminelle et engendre ainsi des impunités.

119. Impunité des provocations à des actes licites. – Selon Émile Durkheim, le droit pénal fixe les frontières morales d'une société³⁶². Cette affirmation est à nuancer dès lors qu'un certain nombre de faits revêtent toujours une valeur immorale – *a minima* pour une partie du corps social – en dépit de leur dépénalisation. Il en est ainsi du suicide, de l'abandon d'enfant, de la consommation excessive d'alcool, de la prostitution ou encore de la mendicité. Cela fait appel aux relations ambiguës qu'entretiennent le droit et la morale, d'autant plus lorsqu'il s'agit de la loi pénale. Dès lors, de nombreux actes immoraux, voire dangereux, ne sont pas ou plus incriminés. Il en résulte une impunité du provocateur à ces actes licites qui ne constituent pas un fait principal punissable, indispensable aux poursuites sur le fondement de la complicité. S'agissant du suicide³⁶³, la solution fut rappelée à plusieurs reprises avant que le législateur n'intervienne pour lui consacrer une incrimination autonome de provocation³⁶⁴. Appliquant rigoureusement les conditions de la complicité, les juges ont ainsi constaté que « le suicide n'étant pas un fait criminel ou délictueux, celui qui y a concouru par provocation [...] n'encourt aucune peine »³⁶⁵. L'issue fut identique dans le procès médiatisé faisant suite à la parution de l'ouvrage *Suicide, mode d'emploi* et à la correspondance entretenue entre son auteur et un lecteur qui lui avait demandé davantage de renseignements sur le sujet. Le jugement mentionne que « le suicide, expression tragique d'une volonté individuelle et libre par principe quant au moment où intervient la décision fatale et aux moyens matériels de la réaliser ne fait l'objet d'aucune incrimination légale »³⁶⁶, ce qui fut la cause d'un « certain émoi de l'opinion publique »³⁶⁷.

120. Impunité des provocations non suivies d'effet. – Certaines provocations ne sont pas suivies d'effet³⁶⁸. Cet échec factuel du provocateur conduit à un échec juridique sur le plan de la répression : aucun acte matériel n'ayant été commis ou tenté, il n'existe pas de fait principal punissable sur lequel emprunter une criminalité. La sanction par le biais de la complicité n'est donc pas envisageable. Cette impunité fut notamment révélée dans deux célèbres arrêts « Lacour » et « Schieb et Benamar »³⁶⁹ de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Traduisant une inadaptation du droit

³⁶² Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, 2013, p. 84 : « l'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une même société forme un système déterminé qui a sa vie propre, on peut l'appeler conscience commune ».

³⁶³ V. Agathe LEPAGE, « Suicide et droit pénal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp. 399 et s.

³⁶⁴ V. *supra*, n° 92.

³⁶⁵ Trib. corr. Lisieux, 26 février 1937 : *DH*, 1937, p. 261.

³⁶⁶ TGI Paris, 1^{ère} ch. civ., 23 janvier 1985 : *D*, 1985.418 ; v. aussi, dans le même sens, TGI Paris, 25 janvier 1984 : *D*, 1984.486, obs. Danièle MAYER.

³⁶⁷ Agathe LEPAGE, *JCl. Communication*, fasc. 54, art. 223-13 à 223-15, n° 14.

³⁶⁸ V. *supra*, n° 83 et s.

³⁶⁹ Crim. 25 octobre 1962 : Bull. crim. n° 292 (Lacour), et n° 293 (Schieb et Benamar) ; *D*, 1963.221, obs. Pierre BOUZAT ; *JCP G*, 1963, II, 12985, obs. Robert VOUIN ; *RSC*, 1963, p. 553, obs. Alfred LÉGAL. La Chambre criminelle affirme que « si ces mêmes actes pouvaient être qualifiés d'actes de complicité soit par provocation, soit par instruction données, ils ne sauraient tomber sous le coup de la loi pénale, en l'absence d'un fait principal punissable ; qu'enfin, il en est de même, en ce qui concerne la provocation non suivie d'effet, lorsque cette provocation n'est pas prévue et réprimée par un texte formel ».

pénal général en la matière, cette lacune est ainsi commentée par Émile Garçon : « Il est certain que le complice ne peut être frappé d'aucune peine si l'auteur principal s'est abstenu de commettre le délit. Sans doute, l'acte de complicité n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté du provocateur, mais l'absence de fait principal punissable est exclusive de toute coopération accessoire punissable »³⁷⁰. Le désistement de l'individu provoqué va ainsi profiter à l'instigateur, alors même que son intention criminelle et sa dangerosité sont certainement intactes³⁷¹.

121. Impunité des provocations indirectes. – Enfin, la complicité exige que la provocation ait été directe. À ce titre, la jurisprudence refuse de condamner sur ce fondement celui qui « tendrait à susciter non pas l'entreprise criminelle mais un mouvement d'opinion de nature à créer à son tour un état d'esprit susceptible de permettre la naissance de l'entreprise criminelle »³⁷². Cette hypothèse supplémentaire témoigne de nouveau des limites de la complicité comme mode de participation criminelle permettant la répression du provocateur.

122. – L'ambition chimérique du législateur de ne laisser aucun comportement déviant impuni³⁷³ a conduit le droit pénal spécial à se parer de nombreuses incriminations autonomes pour pallier cet échec de la complicité du droit commun.

Section 2. LES CHOIX D'INCRIMINATIONS AUTONOMES

123. – Si le recours au droit pénal général comme palliatif à son échec aurait été une solution cohérente, la répression du provocateur par une infraction unique, consacrant un mode de participation criminelle autonome, fut rejetée par le législateur (§1). Le choix s'est alors porté par défaut sur la consécration de multiples infractions de provocation dans le droit pénal spécial (§2).

§1. LE REJET D'UNE INCRIMINATION UNIQUE

124. Propositions terminologiques : l'auteur intellectuel. – Le complice est « celui qui, sans réunir en sa personne les éléments constitutifs de l'infraction a, par un comportement positif et volontaire, aidé ou facilité sa réalisation »³⁷⁴. Ses agissements « empruntent la criminalité de l'acte réalisé par l'auteur »³⁷⁵ et « sont généralement dépourvus de criminalité propre »³⁷⁶. Au contraire, le provocateur est « celui qui, agissant en sous-main par provocation, abus d'autorité ou instructions en

³⁷⁰ Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd. par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, 1952, art. 60, n° 273.

³⁷¹ Pierre BOUZAT, obs. sous Crim. 25 octobre 1962, *D*, 1963.221 : « L'instigateur ou celui qui a coopéré aux actes préparatoires n'encourt aucune peine lorsque le délit n'est pas commis. Le désistement de l'auteur principal avant tout commencement d'exécution profite au complice ».

³⁷² Crim. 25 février 1954 : Bull. crim. n° 89.

³⁷³ Objectif illusoire entraînant une atteinte notable au principe de subsidiarité du droit pénal, v. notamment Emmanuel DREYER, « La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp. 247 et s.

³⁷⁴ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003, « Complice ».

³⁷⁵ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 384, n° 394.

³⁷⁶ *Ibid.*

vue de faire réaliser par autrui le projet délictueux qu'il a conçu, en est l'auteur intellectuel »³⁷⁷. Qualifier ce dernier de complice contrevient donc à la rigueur terminologique. Celui-ci n'a pas simplement « aidé ou facilité » la commission du délit, il n'est pas dépourvu de criminalité propre ; il est l'initiateur même du passage à l'acte, celui sans qui ce dernier n'aurait pas eu lieu. Des auteurs ont alors contesté cette répartition des rôles par le Code pénal et ont souhaité que le provocateur soit appréhendé sous l'appellation d' « auteur intellectuel »³⁷⁸. Consciente de l'inadéquation des solutions légales, la jurisprudence a également parfois tenté d'admettre cette conception de l'instigateur³⁷⁹. Finalement, lors de la révision de 1992, le pouvoir législatif s'est saisi à son tour de la problématique.

125. Propositions juridiques : nouveau mode de participation criminelle. – Pour corriger l'imperfection du droit pénal général, le législateur aurait pu – et à notre avis, aurait dû – privilégier une intervention au sein de ce dernier. Précédant la réforme du Code pénal de 1992, de nombreux avant-projets ont été soumis au gouvernement par la doctrine à travers la Commission de révision instituée en 1974. Reprenant une proposition formulée dans ces derniers, le projet de loi présenté au Sénat en 1986 par le Garde des Sceaux Robert Badinter distinguait trois modes de participation criminelle. Premièrement, l'auteur. Deuxièmement, l'instigateur. Troisièmement, le complice. La provocation était alors envisagée comme un mode de participation autonome, détachée de la complicité. L'article 121-6 du projet³⁸⁰ était en effet ainsi rédigé :

« Est instigateur la personne qui, par don, promesse, ruse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir :

1° sciemment fait commettre par un tiers les faits incriminés ;

2° provoque directement un tiers à commettre un crime, lors même qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'instigateur, la provocation n'est pas suivie d'effet.

L'instigateur de l'infraction est passible des mêmes peines que l'auteur de l'infraction. »

126. Rejet d'un nouveau mode de participation criminelle. – Bien que soutenue par une majorité de la doctrine avec l'appui du gouvernement, la proposition d'autonomisation, dans le droit pénal général, de la répression du provocateur ne vit jamais le jour. Elle fut en effet violemment rejetée par le Parlement sous prétexte qu'elle constituait un risque majeur de dénonciation calomnieuse. Des parlementaires mettaient en avant la possibilité pour un individu d'accuser à tort une personne de l'avoir provoqué à commettre une infraction, sans rien risquer lui-même puisque l'infraction n'aurait

³⁷⁷ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003, « Instigateur ».

³⁷⁸ Jean-Louis BLOUÈRE, *De la complicité à Rome et en France*, Université de Caen, 1876, p. 4. En réalité, déjà sous l'Ancien Régime l'idée avait germé dans l'esprit de certains auteurs, v. en ce sens Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, t. I, Merigot-Crapart-Morin, 1780, p. 8, n° 5 : « Lorsque l'on peut dire que le criminel n'est parvenu à consommer son crime ou à en assurer l'impunité que par les secours qui lui ont été prêtés et qui l'ont rendu plus hardi à le commettre, il y a lieu de regarder ceux qui ont prêté ces secours non pas simplement comme des complices mais même comme de véritables coopérateurs du crime, et en cette qualité aussi punissables que ceux mêmes qu'ils ont aidés à le commettre ».

³⁷⁹ Crim. 8 juillet 1813 : Bull. crim. n° 150 ; Crim. 1^{er} octobre 1825 : Bull. crim. n° 153 ; Crim. 28 mars 1996 : DP, 1996, n° 223, obs. Jacques-Henri ROBERT ; Selon Garçon, « c'est surtout lorsque le fait délictueux a été matériellement accompli par un commis, un ouvrier, que la jurisprudence a été amenée à déclarer auteur principal ou coauteur le patron ou le maître qui a donné l'ordre » (Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd. par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, 1952, art. 60, p. 156, n° 31).

³⁸⁰ Robert BADINTER (préface) et la Commission de révision du Code pénal, *Projet de nouveau Code pénal*, 1988, p. 39.

pas été commise. Jugé trop liberticide³⁸¹, ce texte a donc été abandonné. Les arguments avancés par ses détracteurs peuvent pourtant être remis en cause. Premièrement, une condamnation, qu'elle intervienne pour une provocation non suivie d'effet ou pour toute autre infraction, est toujours fondée sur des preuves. Deuxièmement, de nombreuses provocations non suivies d'effet ont par la suite été incriminées de manière autonome dans le droit pénal spécial. D'une part, cela témoigne d'une incohérence et d'une inconstance du Parlement sur un sujet donné. D'autre part, ces infractions de provocation démontrent aujourd'hui que les craintes n'étaient pas fondées puisque la multiplication des infractions de provocation³⁸² ne s'est pas accompagnée d'une hausse du nombre de dénonciations calomnieuses. L'argument qui a entraîné le rejet du projet n'était donc pas pertinent.

127. Persistance et aggravation de l'incohérence. – Le droit pénal général continue donc d'appréhender le provocateur sous l'appellation et le régime de la complicité. Cela est d'autant plus paradoxal et insatisfaisant que depuis la réforme de 1992, le Code pénal n'a cessé de renforcer l'importance de la personnalisation de la peine³⁸³. Or, cette conception du provocateur-complice s'avère totalement incohérente sur cette question. Elle considère la provocation comme un acte accessoire – alors qu'il est déterminant – et ignore la dangerosité intrinsèque de l'instigateur en lui apposant un emprunt de la criminalité de l'auteur matériel. Il y a là une solution légale en contre-sens total avec la réalité criminologique. Le provocateur a laissé son empreinte criminogène dans l'esprit du provoqué, mais juridiquement c'est lui qui va emprunter la criminalité du provoqué.

128. – La complicité s'avérant insuffisante et le législateur se refusant à consacrer une incrimination unique, dans le droit pénal général, permettant de réprimer l'instigateur, le palliatif de dernier recours fut la consécration de multiples infractions autonomes de provocation.

§2. LA CONSÉCRATION D'INCRIMINATIONS MULTIPLES

129. Figure d'une solution par défaut. – Au regard des précédents développements, la consécration de multiples infractions de provocation dans le droit pénal spécial apparaît comme une solution par défaut. Ce sont l'insuffisance et l'inadaptation du droit général qui ont induit ce mouvement dans le droit spécial. D'abord cantonnées aux articles 23 à 25 de la loi du 29 juillet 1881, ces incriminations autonomes se sont ensuite répandues dans toutes les branches spécifiques de l'arsenal répressif. Si l'article 23 réprime, au sein du droit pénal de la presse, l'auteur d'une provocation publique directe et suivie d'effet à nouveau par le truchement de la complicité, les autres incriminations appréhendent le provocateur comme auteur principal. Dans ces dernières, l'élément matériel est un comportement provocant³⁸⁴ et l'élément moral une intention de provoquer³⁸⁵. Alors qu'il n'avait pas

³⁸¹ Charles LEDERMAN, « Débats parlementaires », *JORF*, 12 mai 1989, p. 640 : « La notion d'instigateur est potentiellement mais certainement attentatoire aux libertés publiques ».

³⁸² V. *infra*, n° 132 et s.

³⁸³ De très nombreuses études ont été menées à ce sujet : v. entre autres Béatrice GENINET, *Étude critique de la personnalisation de la peine*, dir. Mireille DELMAS-MARTY, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000 ; Isabelle DRÉAN-RIVETTE, *De l'individualisation à la personnalisation de la peine : approche épistémologique de la norme sanctionnatrice*, dir. Georges FOURNIER, Université de Rennes, 2003 ; Alexandre ROY, *Étude du principe d'individualisation en matière pénale*, dir. Xavier PIN, Université Lyon III - Jean Moulin, 2016.

³⁸⁴ V. *supra*, n° 14 et s.

³⁸⁵ V. *supra*, n° 55 et s.

souhaité ériger l'instigation en mode de participation criminelle distinct, le législateur consacre ainsi une répression du provocateur en tant qu'auteur matériel. Cela n'est en réalité pas plus satisfaisant que le mécanisme de l'emprunt de criminalité. En effet, la loi va sanctionner ce dernier pour son comportement provocant – les dons, les menaces, les promesses, etc. –, et non réellement pour son rôle d'auteur moral d'un acte attentatoire à une valeur sociale. À nouveau, le droit pénal peine à appréhender pertinemment cette criminalité essentiellement psychologique et bien particulière.

130. Facteurs de légifération. – Les infractions de provocation n'y échappent pas, comme souvent en droit pénal, le Parlement légifère régulièrement en réaction à un fait divers³⁸⁶. Le pouvoir se sert ainsi des prétendues vertus de la loi pour apaiser les citoyens, parfois en dépit du principe que « si les bonnes lois sont d'argent, le silence législatif est d'or »³⁸⁷. Entre autres exemples, on peut relever qu'en 2008 une proposition de loi³⁸⁸ fut introduite devant l'Assemblée nationale afin de réprimer la provocation à l'anorexie. Si celle-ci ne fut pas adoptée, l'exposé des motifs ne s'en cachait pas : il s'agissait de répondre à une actualité tragique autour de ce sujet³⁸⁹. Alors qu'une telle impulsion n'est pas en soi obligatoirement mauvaise, c'est le manque de recul du législateur qui est souvent regrettable. Son intervention par petites touches successives et asynchrones témoigne d'une absence totale de vision d'ensemble. Il en découle des textes mal rédigés et souffrant généralement d'un défaut d'homogénéité les uns avec les autres. Cette prolifération des infractions autonomes incarne donc parfaitement le phénomène de la législation par expansion. Les développements ultérieurs montreront par ailleurs qu'elle révèle un changement de conception du droit pénal français, non seulement vis-à-vis de la répression de l'instigateur, mais aussi au regard des finalités qu'il entend poursuivre.



131. Conclusion du chapitre 1. – Historiquement sanctionné sur le fondement de la complicité, le provocateur a été présenté par la doctrine – et parfois appréhendé par la jurisprudence – comme un participant spécifique de l'infraction. Ni réellement auteur matériel, ni réellement complice, il répond à la définition d'un auteur moral ou intellectuel. Face aux échecs de la complicité qui s'est révélée inapte à saisir le phénomène dans son ensemble, le législateur aurait pu consacrer cette troisième figure dans le droit général. Tel ne fut pas son choix. Dans cette conjoncture catalysante fut préférée l'incrimination de multiples infractions au sein du droit spécial. Une complémentarité s'est donc instaurée puisque ce palliatif ne vient pas remplacer la complicité par provocation, mais seulement corriger indirectement ses échecs. Cependant, cette pénalisation apparaît elle aussi insatisfaisante en ce qu'elle érige « le résultat matériel en condition de la répression et minimise l'essentiel [du comportement provocant], à savoir l'intention criminelle »³⁹⁰. Par ailleurs, l'excès dans le recours au droit pénal spécial a rapidement fait de cette voie de secours une conjoncture défailante.

³⁸⁶ Mesdames GIUDICELLI-DELAGE et LAZERGES parlent d'« un temps où trop souvent l'exploitation de faits divers dramatiques tient lieu de moteur pour la politique pénale au nom d'un principe de précaution perverti et de l'utopie du risque zéro » (Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011).

³⁸⁷ Jean CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^e éd., Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, p. 313.

³⁸⁸ Proposition de loi n° 781 visant à combattre l'incitation à l'anorexie déposée par Madame Valérie BOYER, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 avril 2008.

³⁸⁹ *Ibid* : « Comme l'a montré un certain nombre de drames récents, les conséquences de ce trouble alimentaire peuvent être fatales. [...] En tant que législateur, il nous faut agir ».

³⁹⁰ Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COUVROT, Université de Limoges, 1978, p. 398.

Chapitre 2

L'hypertrophie du droit spécial, conjoncture défailante

132. Déliquescence de la norme pénale. – La doctrine n'a cessé, au cours des vingt dernières années, de s'émouvoir face au manque de considération du législateur contemporain pour le principe de nécessité des incriminations³⁹¹. Régulièrement mis à mal par l'inflation législative, il souffre par ailleurs d'un contrôle extrêmement restreint du Conseil constitutionnel qui considère qu'il ne lui appartient pas « de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité »³⁹² des infractions pénales. De surcroît, la fonction de l'œuvre législative est de plus en plus détournée par un Parlement soucieux de satisfaire en premier lieu l'opinion publique³⁹³. Davantage qu'un cadre sociétal normatif, la loi devient alors parfois un effet d'annonce, « une clause de style »³⁹⁴. Ce phénomène est particulièrement flagrant lorsqu'est consacrée une incrimination punissant un comportement d'ores et déjà prohibé par une infraction préexistante dans l'arsenal répressif. Susceptibles d'être abrogés lors d'un contrôle de constitutionnalité³⁹⁵, ces doublons législatifs sont un des témoignages les plus éloquents de cette mobilisation croissante du droit pénal pour ses vertus expressives plus que juridiques. Comme le remarque la Professeure Mireille Delmas-Marty, « on utilise la menace de la sanction pénale sans même s'être donné le temps de définir le crime, de se demander s'il y avait lieu d'incriminer tel acte ou telle abstention »³⁹⁶. Il s'avère que le corpus des infractions de provocation est un miroir tout à fait révélateur de cette multiplication des incriminations à un rythme effréné, à tel point que l'on semble désormais « incapable de les dénombrer avec certitude »³⁹⁷. Cette hypertrophie du droit spécial fait de la pénalisation autonome une conjoncture défailante. Aux conflits entre modes de répression et entre incriminations causés par la pluralité de qualifications (Section 1) s'ajoute une hétérogénéité des infractions vis-à-vis de leur nature (Section 2).

Section 1. LA PLURALITÉ DE QUALIFICATIONS

133. Considérations générales sur les concours de qualification. – Les développements antérieurs ont mis en lumière à la fois le nombre considérable d'infractions de provocation, la pluralité des modes de répression appliqués au provocateur ainsi que la proximité de certains textes incriminateurs. Dès lors, il va sans dire que le corpus de cette étude s'impose comme un terrain propice aux conflits de qualifications. Face à l'inflation législative et à l'évolution de la jurisprudence autour du principe *non bis in idem*, cette question a fait l'objet d'un regain d'intérêt notable dans la doctrine ces dernières années. En conséquence, le vocabulaire s'est diversifié et les auteurs n'ont pas toujours été

³⁹¹ Art. 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

³⁹² Cons. const. 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, cons. n° 13.

³⁹³ Sur cette question, v. Audrey DARSONVILLE, « L'élaboration de la loi pénale sous l'influence des citoyens », *Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, pp. 147 et s.

³⁹⁴ Yves MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *RSC*, 1983, p. 597.

³⁹⁵ On pense notamment à la double censure subie par l'incrimination de la consultation de sites faisant l'apologie du terrorisme. V. Cons. const. 10 février 2017, n° 2016-611 QPC et Cons. const. 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC.

³⁹⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 17.

³⁹⁷ Valérie MALABAT, « Les infractions inutiles, plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 71.

unanimement face à certaines théories. L'objectif n'est pas ici de dresser une théorie générale sur la question. On se contentera donc de souscrire à l'expression englobante de conflit, au sein desquels on parle de concours spécifiques entre des incriminations. Le concours réel ou matériel, ou cumul, a lieu lorsque deux infractions sont commises successivement par une même personne et que celle-ci n'a pas encore été condamnée définitivement pour la première lorsqu'elle est jugée pour la seconde³⁹⁸. Le concours idéal quant à lui a lieu lorsqu'un seul acte répond à plusieurs qualifications pénales³⁹⁹. Dans l'hypothèse des infractions de provocation, c'est au concours idéal qu'il est fait référence. Il peut avoir lieu entre deux modes de répression (§1), mais aussi entre deux incriminations (§2).

§1. LES CONFLITS ENTRE MODES DE RÉPRESSION

134. Existence de concours avec la complicité. – Imaginons qu'un individu provoque publiquement, lors d'une fête d'école, des mineurs à consommer des stupéfiants en leur promettant de leur payer par la suite des tickets de tombola. Considérons que certains mineurs, influencés par lui, passent à l'acte et soient interpellés par les forces de l'ordre. La provocation a donc été suivie d'effet. Le provocateur peut alors être appréhendé de plusieurs manières : en tant que complice par provocation suivant l'article 121-7 du Code pénal ; en tant que complice par provocation publique suivant l'article 23 alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 ; en tant qu'auteur de la provocation autonome réprimée à l'article 227-18 du Code pénal⁴⁰⁰, en tant qu'auteur de la provocation autonome réprimée à l'article 227-21 du Code pénal⁴⁰¹ et en tant qu'auteur de la provocation autonome réprimée à l'article L.3421-4 alinéa 3 du Code de la santé publique⁴⁰².

135. Résolution d'un concours avec la complicité. – La résolution des conflits entre infractions faisant l'objet d'un développement ultérieur⁴⁰³, il s'agira ici de résoudre le concours entre les cas de complicité et l'une d'elles uniquement. L'usage illicite de stupéfiants étant puni d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende⁴⁰⁴, la répression sur le fondement de la complicité, qu'elle soit celle prévue par le droit général ou le droit de la presse, ne permettra qu'une sanction moindre du provocateur, contrairement à l'article 227-18 du Code pénal. Retenant « le fait délictueux sous la plus haute expression pénale dont il est susceptible de revêtir »⁴⁰⁵, la Chambre criminelle considérera qu'il convient de qualifier l'acte sur le fondement de cette infraction autonome afin que l'individu encoure la lourde peine de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

³⁹⁸ Jean LARGUIER, Philippe CONTE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, 2018, p. 195.

³⁹⁹ Jean LARGUIER, Philippe CONTE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, 2018, p. 196.

⁴⁰⁰ L'article 227-18 du Code pénal dispose que « le fait de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants est puni de » « sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende » s' « il s'agit d'un mineur de quinze ans ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ».

⁴⁰¹ L'article 227-21 du Code pénal dispose que « le fait de provoquer directement un mineur à commettre un crime ou un délit est puni de » « sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende » s' « il s'agit d'un mineur de quinze ans ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ».

⁴⁰² L'article L.3421-4 alinéa 3 du Code de la santé publique punit de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende la provocation directe et commise « dans des établissements d'enseignement ou d'éducation », « même non suivie d'effet, à l'usage de substances présentées comme ayant les effets de substances ou plantes classées comme stupéfiants ».

⁴⁰³ V. *infra*, n° 137 et s.

⁴⁰⁴ Art. L.3421-1 du Code de la santé publique.

⁴⁰⁵ Crim. 26 juin 1930 : Bull. crim. n° 190 ; Crim. 4 février 1943 : Bull. crim. n° 8 ; Crim. 16 février 1971 : *JCP G*, 1971, II, 16836.

136. Analyse d'un concours avec la complicité. – Certes, le droit pénal général aurait permis de réprimer l'instigateur et de ne pas laisser son comportement dangereux impuni. Cependant, la répression sur le fondement de l'incrimination autonome permet dans certaines hypothèses, comme précédemment, d'élever la répression et de sanctionner plus sévèrement le provocateur. Si concours de qualifications il y a, la double possibilité n'est donc pas toujours dénuée de sens. Tel ne sera pas forcément le cas lorsque plusieurs incriminations de provocation entrent en conflit.

§2. LES CONFLITS ENTRE INCRIMINATIONS

137. Existence de concours entre deux infractions de provocation. – Dans une première hypothèse, imaginons qu'un individu provoque publiquement, au sein d'un salon informatique très fréquenté, notamment par des hackers professionnels, à détériorer ou détourner le STAD d'une institution publique telle que celui de la Sécurité sociale ou de la Police nationale. Considérons que sa provocation n'est pas suivie d'effet. Son acte peut recevoir deux qualifications : celle de l'article 411-11 du Code pénal⁴⁰⁶ et celle de l'article 24 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881⁴⁰⁷. En l'occurrence, la question de la complicité ne se pose pas dans cette hypothèse puisque la provocation n'a pas été suivie d'effet. Dans une deuxième hypothèse, imaginons que le même individu, rencontrant un mineur passionné de jeux vidéo dans ce salon, le provoque à consommer des stupéfiants après lui avoir vanté les mérites de telle ou telle substance pour améliorer ses scores. Considérons à nouveau que sa provocation n'est pas suivie d'effet. Son acte peut cette fois recevoir trois qualifications : celle de l'article 227-18 du Code pénal⁴⁰⁸, celle de l'article 227-21 du Code pénal⁴⁰⁹ et celle de l'article L.3421-4 alinéa 2 du Code de la santé publique⁴¹⁰. Une fois de plus, la question de la complicité ne se pose pas dans cette hypothèse puisque la provocation n'a pas été suivie d'effet.

138. Résolution de concours entre deux infractions de provocation. – Dans le premier cas de figure, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considérera qu'en vertu du principe de spécialité – *specialia generalibus derogant* –, l'article 24 alinéa 4 de la loi sur la liberté de la presse primera dans le concours de qualifications⁴¹¹. Certes, contrairement à l'article 411-11, cette disposition réprime la provocation à plusieurs crimes, mais c'est sa présence dans une loi particulière, en dehors du Code pénal, la soumettant à un régime particulier, qui fonde sa spécialité. Cette présomption de spécialité qui pèse sur la loi de 1881 n'est pas étrangère aux considérations qui lui sont portées, certains auteurs allant

⁴⁰⁶ L'article 411-11 du Code pénal, intégré dans le titre Ier du livre IV de ce dernier, réprime « le fait, par promesses, offres, pressions, menaces ou voies de fait, de provoquer directement [à la trahison ou à l'espionnage, et notamment à la destruction, détérioration ou au détournement d'un système de traitement automatisé d'informations lorsque ce fait est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation], lorsque la provocation n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».

⁴⁰⁷ L'article 24 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881 réprime ceux qui « auront directement provoqué à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre Ier du livre IV du Code pénal ».

⁴⁰⁸ L'article 227-18 du Code pénal dispose que « le fait de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

⁴⁰⁹ L'article 227-21 du Code pénal dispose que « le fait de provoquer directement un mineur à commettre un crime ou un délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

⁴¹⁰ L'article L.3421-4 alinéa 2 du Code de la santé publique punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende « la provocation, même non suivie d'effet, à l'usage de substances présentées comme ayant les effets de substances ou plantes classées comme stupéfiants ».

⁴¹¹ Crim. 24 mars 1955 : RSC, 1955, p. 537, obs. Maurine PATIN ; RSC, 1955, p. 520, obs. Pierre HUGUENY.

même jusqu'à considérer qu'il s'agit d' « un système juridique clos, se suffisant à lui-même »⁴¹². Dans le deuxième cas de figure, la Chambre criminelle considérera qu'il revient aux juges du fond d'appliquer l'incrimination dont la peine encourue est la plus lourde, c'est-à-dire de « seulement retenir le fait délictueux sous la plus haute expression pénale qu'il est susceptible de revêtir »⁴¹³. En revanche, il n'est pas question d'une double ou triple déclaration de culpabilité dès lors qu'il ne semble pas faire de doute que les faits reprochés procèdent en l'espèce de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable⁴¹⁴, encore que la solution prétorienne sur ce sujet soit, à l'heure actuelle, difficilement compréhensible⁴¹⁵. En termes de quantum d'emprisonnement, les trois incriminations sont similaires. En revanche, s'agissant de l'amende, c'est l'article 227-21 du Code pénal qui est le plus répressif et qu'il faudra donc privilégier lors de la qualification.

139. – À ces différents concours pourraient être susceptibles de s'ajouter des concours avec des incriminations voisines, comme l'apologie. Les conflits sont donc très nombreux et leur résolution n'est pas toujours certaine puisque les solutions sont fixées par la jurisprudence, non par le législateur. Cela conduit à des décisions particulièrement casuistiques qui rendent d'autant plus difficile la juste appréhension de ces questions. Par ailleurs, cette pluralité de qualifications – c'est-à-dire sur le fond – se double d'une pluralité de régimes – c'est-à-dire sur la forme – engendrée par l'hétérogénéité des infractions de provocation appréhendées selon leur nature.

Section 2. LA PLURALITÉ DE NATURES

140. – Alors que la provocation était initialement réprimée en tant que message exprimé publiquement et attentatoire à l'ordre public, sa répression s'est progressivement diversifiée et étendue aux messages dénués de publicités. Dès lors, jusque-là cantonnée au sein des lois relatives aux infractions de presse, leur incrimination s'est banalisée au sein du droit commun. Il en résulte une pluralité de natures entre ces infractions : certaines bénéficient de la qualité d'infractions de presse (§1) alors que d'autres relèvent du droit commun (§2).

⁴¹² Jean CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D*, 1951.119 : « Ce serait aussi une question que de savoir si les lois sur la liberté de la presse (en dernier lieu la loi du 29 juillet 1881) n'avaient pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils - et enlevant du même coup à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse ».

⁴¹³ Crim. 26 juin 1930 : Bull. crim. n° 190 ; Crim. 4 février 1943 : Bull. crim. n° 8 ; Crim. 16 février 1971 : *JCP G*, 1971, II, 16836.

⁴¹⁴ Crim. 26 octobre 2016, n° 15-84.552 : Bull. crim. n° 276, « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes » ; *Rev. pénit.*, 2016, p. 935, obs. Olivier DÉCIMA ; *DP*, 2017, n° 1, obs. Philippe CONTE.

⁴¹⁵ Après plusieurs décennies d'application d'une solution déjà peu respectueuse du principe de légalité par les incertitudes qu'elle engendrait dans son recours à la notion de valeur sociale protégée (Crim. 3 mars 1960 : Bull. crim. n° 138 ; *RJC*, 1961, p. 105, obs. Alfred LÉGAL), la Chambre criminelle a opéré en 2016 (*Ibid*) un revirement de jurisprudence. Le sort du concours idéal d'infractions se fonde dorénavant sur une solution commune avec le concours réel, basée sur la notion de « faits procédant de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ». Il ne s'agit pas ici de refaire l'exégèse et la critique entière de cette jurisprudence. Commentant les arrêts successifs dans la revue *Droit pénal*, le professeur Philippe CONTE s'en est déjà brillamment chargé sous forme de mises à jour régulières des méandres jurisprudentiels en la matière (v. notamment « *Non bis in idem* : bref exercice d'exégèse d'où il résulte que le droit n'est pas la physique », *DP*, 2020, n°10). En revanche, il convient d'espérer que la saisine annoncée de l'Assemblée plénière permette de clarifier, dans un futur proche, l'interprétation absconse et contradictoire de ce principe fondateur. Pour cela, encore faudrait-il que les juges omniscients du Quai de l'Horloge aient eux-mêmes, mieux que les bas esprits doctrinaux qui n'ont pas été en mesure de comprendre leur génie, réussi à assimiler les tenants et aboutissants de leur prodigieuse invention. Mais est-ce seulement le cas ? Il est permis d'en douter.

§1. LES INFRACTIONS DE PRESSE

141. Présentation générale des infractions de presse. – Sans qu'il ne soit question de faire une présentation exhaustive des caractéristiques propres aux infractions de presse ou du régime qui leur est spécifique, cette catégorie est suffisamment importante en matière de provocation pour être mise en lumière. L'idée d'envisager ce pan du droit pénal dans un système qui lui serait réservé est assez ancienne. Déjà les lois des 17 et 26 mai 1819⁴¹⁶, préfigurant celle du 29 juillet 1881⁴¹⁷, rassemblaient un grand nombre de dispositions régissant la presse et l'édition, et notamment des infractions de provocation⁴¹⁸. L'objectif de cette démarche est de pouvoir soumettre les différentes incriminations à un régime favorable à la liberté d'expression, mais aussi d'être en mesure d'appréhender le mieux possible le phénomène de l'expression publique⁴¹⁹. La loi sur la liberté de la presse a entendu affirmer avec force une liberté fondamentale vidée de sa substance depuis sa proclamation à la Révolution française⁴²⁰. Pour cela, elle a instauré une procédure dérogatoire spéciale, destinée à limiter les poursuites, mais réservée aux seules incriminations ayant la nature d'infraction de presse.

142. Provocations « de presse » incriminées dans la loi de 1881. – Aux côtés de l'injure et de la diffamation qui constituent le « noyau dur »⁴²¹ des infractions incriminées au sein de la loi du 29 juillet 1881 se trouve un certain nombre d'infractions de provocation. Ces dernières sont situées au fronton du chapitre IV consacré aux « crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication », dans un premier paragraphe portant sur la « provocation aux crimes et délits », lui-même composé des articles 23 à 24 bis. Comme toutes les infractions dans ce chapitre, elles ont pour point commun une exigence de publicité. Les provocations incriminées par ces dispositions sont donc des provocations publiques⁴²². L'article 23 fait figure d'exception. Il ne réprime pas le provocateur en tant qu'auteur d'une infraction autonome, mais comme complice. Néanmoins, contrairement au cas de complicité prévu à l'article 121-7 du Code pénal, la provocation doit nécessairement être publique pour entrer dans son champ d'application et il définit à ce titre les différents moyens de publicité⁴²³. De surcroît, son alinéa second précise que l'instigateur demeurera répréhensible sur le fondement de la complicité « lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une

⁴¹⁶ Lois des 17 et mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication.

⁴¹⁷ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁴¹⁸ Art. 1 à 3 de la loi du 17 mai 1819 (*Ibid.*).

⁴¹⁹ Sur cette question, v. Thomas BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, dir. Damien ROETS, Université de Limoges, 2018, p. 62.

⁴²⁰ Art. 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

⁴²¹ Agathe LEPAGE, « Entre code pénal et loi du 29 juillet 1881, la protection pénale de l'honneur », *Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur du professeur Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, pp. 399 à 412.

⁴²² V. *supra*, n° 44 et s.

⁴²³ V. *supra*, n° 46. L'article 23 mentionne : « 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 ».

tentative de crime prévue par l'article 2 du Code pénal »⁴²⁴. Il s'agit de la seconde différence avec son homologue du droit pénal général : la provocation à une tentative n'est punissable sur le fondement de l'article 23 que si elle porte sur un crime, là où l'article 121-7 du Code pénal ne pose pas de telle restriction. En dehors de ces divergences, les deux cas de complicité sont identiques : la provocation doit porter sur un crime ou un délit⁴²⁵, être suivie d'effet⁴²⁶ et présenter un caractère direct⁴²⁷. Dès lors, l'article 23 se révèle très peu appliqué, la jurisprudence voyant dans l'article 121-7 un moyen de répression moins conditionné et donc une économie de motivation. L'article 24 quant à lui incrimine un certain nombre de provocations non suivies d'effet pour réprimer l'instigateur en tant qu'auteur principal d'une infraction de provocation. Ses trois premiers alinéas portent sur des crimes et des délits assez généralistes⁴²⁸, puis son quatrième alinéa se spécialise sur les provocations à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation⁴²⁹, et enfin ses alinéas 7 et 8 sanctionnent diverses provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence⁴³⁰. Enfin, ce paragraphe dédié aux provocations contient en réalité des incriminations d'actes qui ne répondent pas à sa définition : l'apologie d'un crime ou d'un délit⁴³¹, les cris ou chants séditionnels⁴³², la contestation ou négation de crime contre l'humanité⁴³³.

143. Provocations « de presse » incriminées hors la loi de 1881. – En dehors de la loi du 29 juillet 1881, certaines infractions de provocation se sont vues reconnaître la qualité d'infractions de presse par la jurisprudence. Elles sont en réalité les pendants non publics de celles contenues aux alinéas 7 et 8 de l'article 24. L'article R.625-7 du Code pénal réprime ainsi la provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence telle qu'envisagée dans la loi sur la liberté de la presse, la publicité en moins. En conséquence, ce qui constituait un délit dans cette dernière n'est qu'une contravention de cinquième classe dans le Code pénal. Parce qu'elles sont logées en dehors de la loi de

⁴²⁴ Il y a ici une erreur de la part du législateur qui a oublié de modifier la disposition pour substituer à l'ancienne numérotation du Code pénal la nouvelle issue de la réforme de 1992. Lorsque l'article 23 évoque l'article 2, il s'agit donc de celui de l'ancien Code pénal qui, en son temps, régissait la question de la tentative punissable (« Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même »).

⁴²⁵ V. *supra*, n° 88 et s. (provocation à un acte illicite).

⁴²⁶ V. *supra*, n° 80 et s. (provocation matérielle).

⁴²⁷ V. *supra*, n° 72 et s. (provocation directe).

⁴²⁸ Art. 24 al. 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1881 : « Seront 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 ;

2° Les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes, définies par le livre III du code pénal ».

⁴²⁹ Art. 24 al. 4 de la loi du 29 juillet 1881 : « Ceux qui, par les mêmes moyens, auront directement provoqué à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre Ier du livre IV du code pénal, seront punis des mêmes peines ».

⁴³⁰ Art. 24 al. 7 et 8 de la loi du 29 juillet 1881 : « Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal ».

⁴³¹ Art. 24 al. 5 de la loi du 29 juillet 1881.

⁴³² Art. 24 al. 6 de la loi du 29 juillet 1881.

⁴³³ Art. 24 bis de la loi du 29 juillet 1881.

1881, ces provocations semblaient constituer des infractions de droit commun. Pourtant, bien qu'elles soient exclusives de toute publicité, la Chambre criminelle les qualifia de « contraventions de presse »⁴³⁴. Parce qu'elles sont moins graves que leurs homologues, il aurait été incohérent de les soumettre au régime de droit commun, plus sévère que celui des infractions de presse. Dès lors, leur sont appliquées les règles procédurales de la loi de 1881.

144. Particularité du régime des provocations « de presse ». – Le régime applicable aux incriminations autonomes de provocation revêtant la nature d'infractions de presse est d'inspiration éminemment libérale. Cela s'observe non seulement au regard de la répression – le quantum des peines est très bas et il n'existe pas de circonstances aggravantes – et au regard de la procédure. La disposition emblématique de ce régime est très certainement le délai de prescription abrégé de trois mois, qualifié de « brévisissime » par certains auteurs⁴³⁵. Mais on peut également songer à l'obligation de citer le texte sur lequel se fonde la prétention⁴³⁶, ou l'interdiction de principe du recours à la détention provisoire⁴³⁷, voire encore l'irresponsabilité des personnes morales⁴³⁸. Enfin, une seule règle apparaît comme particulièrement défavorable à la personne poursuivie : la détermination de la responsabilité en cascade⁴³⁹. Régulièrement, des débats sont soulevés sur le point de savoir s'il est opportun de conserver ce régime libéral. L'argument avancé par ses détracteurs tient au fait que les moyens d'expression ont largement évolué depuis 1881, notamment avec l'audiovisuel et internet, et que les délinquants qui commettent les infractions de presse ne sont plus aujourd'hui des journalistes et des écrivains mais des individus lambdas, notamment avec la montée en puissance des réseaux sociaux. Pour autant, la loi de 1881 a jusque là résisté à toutes les abrogations et continue même d'inspirer le législateur contemporain dans son domaine⁴⁴⁰.

145. – Lorsqu'elles ne sont pas des infractions de presse, les infractions autonomes de provocation sont alors des infractions de droit commun. Elles réparties dans toutes les branches du droit pénal spécial, et majoritairement incriminées dans le Code pénal. De façon surprenante, elles ne vont pour autant pas toujours être exclusives de tout lien avec le droit de la presse.

§2. LES INFRACTIONS DE DROIT COMMUN

146. Concurrence entre droit commun et droit de la presse. – N'ayant pas de nature particulière, les infractions qui ne revêtent pas la qualité d'infractions de presse sont *de facto* des infractions de droit commun. Si la loi du 29 juillet 1881 fut historiquement le bastion privilégié des incriminations de provocation – et des incriminations d'expression plus largement –, elle est aujourd'hui très nettement concurrencée par le Code pénal. Ce mouvement s'observe à deux égards.

⁴³⁴ Crim. 10 septembre 2013 : Bull. crim. n° 178.

⁴³⁵ Bernard BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, dir. Jean FOYER, LGDJ, 1995, p. 180.

⁴³⁶ Art. 50 et 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁴³⁷ Art. 52 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁴³⁸ Art. 43-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁴³⁹ Art. 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ; art. 93-2 et 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

⁴⁴⁰ On pense ainsi au *continuum* législatif et jurisprudentiel qui s'observe dans un grand nombre de solutions adoptées pour la communication audiovisuelle puis internet par la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et par les applications prétoriennes qui en sont faites.

Premièrement, depuis une cinquantaine d'années, le législateur a choisi d'incriminer la majorité des infractions de provocation dans ce dernier plutôt qu'au sein de la loi sur la liberté de la presse. Cette décision est surprenante puisque ces infractions répriment indifféremment les provocations publiques et non publiques⁴⁴¹. Par souci de cohérence vis-à-vis du droit de la presse, les versants publics de ces infractions auraient donc pu être incriminés au sein de la loi de 1881, renvoyant seulement les versants non publics dans le Code pénal⁴⁴². Tel ne fut pas la mécanique retenue par le Parlement. Ce mouvement s'est de surcroît renforcé lorsqu'en 2010, le législateur a choisi d'incriminer la provocation à commettre un génocide⁴⁴³, qui nécessite la publicité du comportement, au sein du Code pénal. Il s'agit sans conteste d'une volonté délibérée de sa part de soustraire cette incrimination de la loi du 29 juillet 1881. Deuxièmement, il est arrivé que des infractions de provocation soient abrogées au sein de la loi sur la liberté de la presse pour être ré-incriminées immédiatement après dans le Code pénal⁴⁴⁴. À nouveau, il s'agira d'un choix politique. Ne souhaitant pas que les auteurs de ces comportements bénéficient du régime avantageux de 1881, le législateur va rapatrier ces infractions dans le droit commun et les soustraire du droit de la presse. Il pourra de surcroît y trouver le moyen de légiférer par extension en omettant volontairement de rajouter une exigence de publicité dans l'incrimination ainsi insérée dans le Code pénal.

147. Complémentarité entre droit commun et droit de la presse. – En dehors de leur relation de concurrence, le droit commun et le droit de la presse peuvent aussi apparaître à certains égards comme complémentaires. Si les infractions du Code pénal ne sont pas des infractions de presse, il arrive qu'elles soient néanmoins soumises à certaines règles de ce corpus procédural. On trouve ainsi, au sein des textes incriminateurs du Code pénal, des renvois réguliers⁴⁴⁵ vers les articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881 ou 93-3 de la loi du 19 juillet 1982. La formule consacrée est systématiquement la même : « lorsque le délit prévu à l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. »⁴⁴⁶. Ce renvoi aux règles du droit de la presse pour la détermination des personnes responsables lorsque l'infraction de provocation a été accomplie avec une circonstance de publicité est tout à fait logique. Ces infractions ne sont pas des infractions de presse, elles n'ont donc pas une vocation à être soumises à un régime libéral.



⁴⁴¹ Pour n'en citer que quelques unes, cela fut le cas pour la provocation au suicide (art. 223-13 du Code pénal, incriminée par la loi n° 87-1133 du 31 décembre 1987 tendant à réprimer la provocation au suicide) ou la provocation d'un mineur à transporter, détenir, offrir ou céder des stupéfiants (art. 227-18-1 du Code pénal, incriminée par la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime).

⁴⁴² Cette hypothèse est d'ailleurs retenue pour la provocation à discrimination, à la haine ou à la violence, v. art. 24 al. 7 et 8 de la loi du 29 juillet 1881 ; art. R.625-7 du Code pénal.

⁴⁴³ L'article 211-2 du Code pénal réprime la provocation à commettre un génocide, incriminée par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale.

⁴⁴⁴ V. art. 421-2-5 du Code pénal (provocation à commettre des actes de terrorisme, auparavant sanctionnée par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, abrogée par la loi du 13 novembre 2014 et réincriminée immédiatement dans le Code pénal) et art. 413-3 du Code pénal (provocation des militaires à la désobéissance, auparavant sanctionnée par l'article 25 de la loi du 29 juillet 1881, abrogée par la loi du 22 juillet 1992 et réincriminée immédiatement).

⁴⁴⁵ En la matière, il semblerait que le législateur ait fait preuve d'un oubli en 2010 pour l'incrimination de la provocation à commettre un génocide.

⁴⁴⁶ Art. 412-8 du Code pénal (provocation à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population), art. 413-3 du Code pénal (provocation à la désobéissance des militaires ou des assujettis), art. 433-10 du Code pénal (provocation à la rébellion).

148. Conclusion du chapitre 2. – Le « surinvestissement législatif »⁴⁴⁷ en matière de répression des comportements provocants a fait de la pénalisation par le biais des infractions autonomes une conjoncture partiellement défailante. L’hypertrophie du droit pénal spécial qui en découle a engendré plusieurs hypothèses de doublons législatifs⁴⁴⁸, notamment en matière de protection des mineurs, et *de facto* de nombreux conflits de qualifications. Il en ressort sur le fond « une absence de logique et d’homogénéité »⁴⁴⁹ entre ces multiples infractions, « probablement imputable à la ponctualité de leur incrimination au gré des besoins du législateur »⁴⁵⁰. Au-delà de cette pluralité de fond, les infractions de provocation manquent d’unité dans leur régime. Une césure s’instaure entre les provocations érigées en infractions de presse et celles relevant du droit commun. Cette distinction n’est de surcroît pas fondée sur un critère objectif qui serait la publicité puisque certaines provocations exclusivement publiques et la majorité des provocations pouvant l’être ne bénéficient pas de la procédure libérale de 1881. Le choix de la nature de ces incriminations est donc entaché d’une arbitraire subjectivité. Par ailleurs, ces dernières années, le législateur a politisé cette césure en soustrayant la provocation à commettre des actes de terrorisme des infractions de presse. Ce mouvement reflète alors particulièrement bien la concurrence grandissante entre la loi du 29 juillet 1881 et le Code pénal.

CONCLUSION DU TITRE 1

149. – En raison des insuffisances du droit pénal général de la complicité qui constituait le fondement traditionnel de sa répression, la provocation a progressivement été l’objet d’infractions distinctes en droit pénal spécial. Ce mouvement incarne une autonomisation de la pénalisation du provocateur qui se retrouve disséminée dans « un maquis d’incriminations »⁴⁵¹ tout en demeurant un cas de complicité. Ces infractions ont pris leur distance par rapport au droit commun, mais une complémentarité s’est inmanquablement instaurée entre les deux modes de répression. Sont alors apparus des conflits de qualifications, auxquels se sont ajoutées des disparités dans la nature des incriminations composant le corpus. Il n’en demeure pas moins qu’en l’état actuel du droit pénal, la sanction du provocateur en tant qu’auteur d’une infraction spécifique est devenue toute aussi importante que celle fondée sur l’article 121-7 du Code pénal. Ces infractions de provocation ont donc trouvé un sens en offrant à la répression du provocateur son autonomie vis-à-vis du carcan de la complicité. Un second pourra être décelé dans l’objectif légitime qu’elles poursuivent.

⁴⁴⁷ Expression empruntée à M^{me} Audrey DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d’infractions sexuelles », *APC*, Pédone, 2012, n° 34.

⁴⁴⁸ Sur la question du dédoublement de certaines infractions, v. Agathe LEPAGE, « Réflexion sur quelques incriminations dédoublées », *Faut-il régénéraliser le droit pénal ?*, LGDJ, 2015, pp. 49 à 64.

⁴⁴⁹ Thomas BESSE, *La pénalisation de l’expression publique*, dir. Damien ROETS, Université de Limoges, 2018, p. 62.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Expression empruntée à M^{me} Julie ALIX, *Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes*, dir. Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Dalloz, 2010, pp. 255 et s.

Titre 2

LA LÉGITIMITÉ DE LA PÉNALISATION

150. Finalités poursuivies de la pénalisation. – La pénalisation d'un comportement répond classiquement à deux objectifs. D'une part, elle poursuit une finalité rétributiviste, tournée vers le passé et justifiée par l'infraction commise. D'autre part, elle s'engage dans un dessein utilitariste, tourné vers l'avenir, dans lequel la sanction pénale se justifie par les bienfaits qu'elle apportera à la société. Le rétributivisme fut notamment conceptualisé afin de distinguer la peine, infligée au nombre l'intérêt commun en réponse à une atteinte causée à l'ordre public, de la vengeance. À la différence de cette dernière, « la rétribution est censée [...] contenir ses propres critères de justice »⁴⁵². Il y a donc dans la finalité rétributive un lien extrêmement marqué entre la sanction et la notion de mérite. Pour autant, aussi juste et proportionnée soit-elle, la peine rétributive demeure l'infliction d'un mal et repose sur un fondement punitif. La poursuite de cette seule finalité par une incrimination marquerait alors une politique extrêmement sévère, de sorte que certains auteurs ont pu affirmer que « lorsque l'on joue le jeu de la justice criminelle sur le terrain de la rétribution, on joue sur le terrain des politiciens conservateurs partisans de la loi et de l'ordre »⁴⁵³. Dès lors, pour apporter un équilibre dans l'incrimination, la loi pénale libérale post-révolutionnaire s'est parée d'une fonction utilitariste, qui se décline notamment dans des finalités préventive ou expressive. Selon la formule consacrée, *il faut punir pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile*. Cette idée reprise au XIX^e siècle par les disciples de l'École néo-classique, aussi appelée les éclectiques, reflète la conception hybride que les pénalistes ont dorénavant du sens de l'incrimination.

151. Finalités poursuivies par les infractions de provocation. – La pénalisation autonome de la provocation reflète, dans les finalités qu'elle poursuit, fidèlement la conception hybride néo-classique. C'est sur ce terrain qu'elle va tenter de trouver une légitimité vis-à-vis de la répression traditionnelle sur le fondement de la complicité. Son objectif premier, revendiqué, sera traditionnellement rétributif (Chapitre 1). Il s'agira de combler les lacunes du droit général et d'appréhender plus justement la figure criminelle du provocateur. De manière sous-jacente, apparaît ensuite un second programme, celui de la prévention (Chapitre 2). En anticipant la répression et en l'individualisant, le législateur permet en effet une protection renforcée des valeurs sociales. Cette particularité de l'infraction autonome satisfait à leur tour les promoteurs de l'utilitarisme pour qui « la fonction principale de la peine n'est pas l'expiation ou la réparation du mal commis, mais la prévention des futures infractions de même nature »⁴⁵⁴.

⁴⁵² Raphaëlle THERY, *Libéralisme pénal : Principes, contradictions et enjeux d'une institution non idéale*, dir. Bernard HARCOURT et Patrick SAVIDAN, EHESS, 2015, p. 145.

⁴⁵³ John BRAITHWAITE et Philip PETTIT, *Not Just Deserts, A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, 1992, p. 6.

⁴⁵⁴ Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 3 mars 1884, « Hopt v. Utah », 110 U.S. 574 : « The great end of punishment is not the expiation or atonement of the offense committed, but the prevention of future offenses of the same kind ».

Chapitre 1

L'incrimination rétributive, finalité apparente

152. Finalité rétributive de la loi pénale. – Partisan de la loi pénale rétributiviste, Emmanuel Kant considérait que « la peine juridique ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée, pour la seule raison qu'il a commis un crime. [...] La loi pénale est un impératif catégorique »⁴⁵⁵. Dans leur vocation première, les infractions autonomes s'inscrivent dans cette finalité rétributive et constituent une voie de pénalisation particulière de la provocation. Elles permettent une intervention anticipée du droit pénal, avant la survenance du résultat redouté, c'est-à-dire l'atteinte à une valeur sociale protégée. Ces incriminations témoignent donc d'une stratégie répressive spécifique du législateur, empreinte de sévérité à l'égard du provocateur. Cette démarche vise à atteindre un double objectif, systématiquement dans l'espoir de corriger les imperfections de la répression fondée sur la complicité du droit commun. D'une part, les infractions autonomes entendent proposer une appréhension plus cohérente de la situation du provocateur (Section 1), tant criminologiquement que juridiquement. D'autre part, elles recherchent une sanction idoine de cet individu (Section 2) afin que la réponse pénale apportée à son acte soit une réaction la plus juste possible à la gravité de ce dernier.

Section 1. L'APPRÉHENSION IDOINE DU PROVOCATEUR

153. Les provocateurs sont « situés à moitié chemin entre, d'une part les paisibles ne présentant aucun problème [...] et, d'autre part, les délinquants dont le passage à l'acte a au moins le mérite de les situer clairement dans la hiérarchie des valeurs »⁴⁵⁶. Leur appréhension par le droit pénal n'est donc pas chose aisée. La légitimité des infractions de provocation se renforce lorsqu'elles témoignent d'une volonté de corriger les inexactitudes de la complicité en la matière. Si du point de vue criminologique il s'agit d'une réussite (§1), du point de vue juridique des incohérentes demeurent (§2).

§1. LA SITUATION CRIMINOLOGIQUE

154. – Criminologiquement, le provocateur est considéré comme particulièrement dangereux. Il est le cerveau d'un projet criminel. Il va, le premier, avoir la volonté du crime⁴⁵⁷, le concevoir intellectuellement et en penser la réalisation. À ce titre il est nécessairement dans la préméditation et demeure un *animus auctoris*. Il constitue de surcroît celui qui va, en exerçant son influence déterminante et criminogène sur un tiers, initier le passage à l'acte et la perpétration du crime ; il est le *motor criminis*.

⁴⁵⁵ Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs* in *Œuvres philosophiques (Tome II)*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1985, p. 214.

⁴⁵⁶ Roger BERAUD, Pierre CANNAT, Vrej DALLADE, « L'état dangereux prédélictuel : les traitements », *Rapport général au troisième congrès français de criminologie d'Aix-en-Provence (9-11 octobre 1962)*, pp. 28 et 29, n° 52- 54.

⁴⁵⁷ Dans ce paragraphe, le mot crime est employé dans sa signification criminologique large. Il ne s'agit pas de viser les infractions relevant de la catégorie des crimes en droit pénal, mais l'acte de délinquance, voire plus largement concernant la provocation, le résultat provoqué et redouté car attentatoire aux valeurs sociales protégées.

155. Le provocateur, *animus auctoris*. – Le provocateur est présenté par certains auteurs comme « l'âme »⁴⁵⁸ et le « maître d'œuvre de l'entreprise criminelle »⁴⁵⁹. Non seulement à l'origine de l'idée et de la volonté du crime, il va intellectuellement en conceptualiser le passage à l'acte et donc la commission physique. Cette élaboration, bien qu'immatérielle, pourra s'avérer parfois extrêmement détaillée, voire rusée. En conséquence, ce penseur des interdits s'avère une figure criminologique menaçante par son intelligence mise au service du mal. Comme certains criminels en col blanc⁴⁶⁰, il est souvent doté d'une capacité de réflexion « supérieure à la moyenne et particulièrement redoutable pour ce motif »⁴⁶¹. En se servant d'un tiers pour arriver aux fins de son intention criminelle, il espère par ailleurs pouvoir échapper à la sanction. Pour cette dernière raison, il est parfois présenté comme un homme de l'ombre sur-adapté dans la société, car capable d'échapper à la justice tout en atteignant ses objectifs délinquants. Cette affirmation est à nuancer pour deux raisons. Premièrement, le provocateur n'est pas toujours un homme de l'ombre. L'instigateur qui agit avec une circonstance de publicité⁴⁶² est d'ailleurs l'antithèse absolue d'un tel individu. Deuxièmement, sa sur-adaptation aux carcans sociaux est remise en cause à plusieurs égards. D'une part, depuis très longtemps le droit appréhende le provocateur comme un complice qui s'avère punissable tout autant que l'auteur matériel lorsque le crime est survenu. Sur-adapté, le provocateur ne maîtriserait donc pas suffisamment l'arsenal pénal pour s'en extraire efficacement. D'autre part, une personne qui tient à ce point à déroger aux règles qui régissent le corps social auquel elle appartient ne témoignerait-elle pas, en soi, de sa marginalisation vis-à-vis de ce dernier ? La question mérite d'être posée face à la grande témébilite⁴⁶³ du provocateur.

156. Le provocateur, *motor criminis*. – La dangerosité du provocateur est décuplée par de sa force de conviction considérable. Il parvient à transmettre son intention criminelle à autrui tout en lui faisant y adhérer. Cet acte est loin d'être anodin : s'il n'est pas toujours aisé de convaincre un tiers d'agir selon sa volonté, cela apparaît d'autant plus difficile lorsqu'il s'agit de le persuader de commettre un acte contraire à la loi et de s'exposer à la sanction. Le provocateur fait donc souvent preuve d'une ruse supplémentaire en s'adressant à des individus dont il aura décelé des prédispositions à l'écouter et tomber sous son influence. Il est donc celui qui met en marche le processus criminel par une pression plus ou moins importante sur l'esprit du provoqué. Il est la source de l'action autant que de l'intention.

157. – Cette réalité criminologique est prise en compte lorsque le législateur décide d'incriminer des provocations de manière autonome. Les infractions de provocation « illustrent parfaitement l'intégration de l'état dangereux dans la législation »⁴⁶⁴. Le droit pénal va sanctionner un individu non plus pour un trouble effectif à l'ordre public, mais parce qu'il est susceptible d'en causer un, notamment lorsque l'infraction n'exige pas que la provocation soit suivie d'effet⁴⁶⁵. Le législateur va

⁴⁵⁸ Sophie MARTIN-VALENTE, *La provocation en droit pénal*, dir. Jacques FRANCILLON, Université Paris-Sud, 2002, p. 41, n° 48.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ Selon la notion inventée par le sociologue et criminologue américain Edwin SUTHERLAND, « The Problem of White Collar Crime », *White Collar Crime*, Yale University Press, 1985.

⁴⁶¹ Édouard SILZ, « Auteur intellectuel et auteur moral », *RIDP*, 1936, p. 140.

⁴⁶² V. *supra*, n° 45 et s.

⁴⁶³ Ce terme fait référence à « l'état dangereux » théorisé par Raffaele Garofalo au XIX^e siècle. Il désigne « la perversité constante et agissante du délinquant, et la quantité de mal qu'on peut redouter de sa part, en d'autres termes, sa capacité criminelle » (Raffaele GAROFALO, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e éd., Félix Alcan, 1890, p. 332).

⁴⁶⁴ Nathalie JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, dir. Roger BERNARDINI, Nice, 2000, p. 242, n° 231.

⁴⁶⁵ V. *supra*, n° 83 et s.

justifier la finalité rétributive de l'incrimination en se fondant sur la dangerosité de l'individu, telle qu'elle fut théorisée par les positivistes, en ce qu'elle constitue la source d'un mal au corps social qu'il convient de réprimer. Alors que la situation criminologique du provocateur est donc assez fidèlement prise en considération, l'appréhension de sa situation juridique est plus discutable.

§2. LA SITUATION JURIDIQUE

158. La provocation, acte grave. – Lorsqu'elle est appréhendée en tant qu'acte de complicité, la provocation est particulièrement sous-estimée dans sa gravité. Le droit pénal – du moins en théorie – ne se fonde pas sur la dangerosité criminologique de l'individu pour punir, mais sur la gravité de son acte⁴⁶⁶. Cette notion, placée au fronton du Code pénal⁴⁶⁷, justifie que l'*ultima ratio* soit mise en œuvre par l'État qui démontre alors son monopole dans l'usage de la violence légitime⁴⁶⁸. En matière de complicité, la provocation n'est qu'un acte accessoire parmi d'autres, reléguée au second plan, alors qu'elle fut déterminante dans le passage à l'action et la réalisation du crime⁴⁶⁹. Elle n'est donc pas correctement appréciée pour sa gravité intrinsèque. Si les infractions de provocation semblent à première vue corriger cette appréhension juridique erronée de l'instigateur, la réalité de ce corpus est plus complexe. En effet, le législateur y incrimine des actes porteurs d'une influence criminogène dont la responsabilité incombe au provocateur. Celui-ci devient alors un auteur au sens de l'article 121-4 du Code pénal. Or, cette conception gomme la spécificité du phénomène. En effet, la gravité du comportement provocant ne se caractérise pas tant dans sa matérialité que dans son intentionnalité. Ce ne sont pas les dons, promesses, pressions ou abus d'autorité qui caractérisent réellement la gravité qui justifie une intervention du droit pénal, c'est la provocation en tant qu'influence, en tant qu'acte de participation intellectuelle au crime. Certes, la volonté criminelle de l'instigateur est parfois prise en considération à travers un dol spécial⁴⁷⁰. Il n'en demeure pas moins qu'en s'étant autonomisée de celle de l'acte provoqué, la répression de la provocation a perdu de sa cohérence. Elle ne punit pas le provocateur pour la gravité de ses agissements dans le processus criminel de l'acte provoqué, mais pour des actes d'influence, indépendamment de leur résultat. Cela est d'autant plus marquant lorsque l'infraction n'exige pas qu'elle soit suivie d'effet⁴⁷¹. Cette inadéquation se retrouve également vis-à-vis de la participation criminelle.

159. Le provocateur, auteur moral. – Dans le langage commun, l'auteur est la « cause première d'une chose, l'inventeur »⁴⁷². Le droit pénal s'accorde bien mal avec cette définition puisque, dans une conception objective de l'infraction, matérialiste pourrait-on dire également, l'auteur est celui qui a « accompli personnellement les éléments constitutifs du délit »⁴⁷³. En ce sens, une partie de la

⁴⁶⁶ Sur l'opposition entre les notions de gravité et de dangerosité, v. notamment Jean-Baptiste PERRIER, « Gravité et dangerosité », *Gravité et droit pénal*, dir. Audrey DARSONVILLE et Julie ALIX, Mare & Martin, 2021.

⁴⁶⁷ Art. 111-1 du Code pénal : « Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ».

⁴⁶⁸ Max WEBER, *Économie et société*, t. I, Plon, 1995, p. 97 : « La violence n'est naturellement pas le moyen normal de gouvernement politique. Les dirigeants doivent au contraire se servir de tous les autres moyens possibles pour mener à bonne fin leurs entreprises. Cependant la menace et, éventuellement, l'application de la violence, en est assurément le moyen spécifique et partout elle est, en cas de défaillance des autres moyens, l'*ultima ratio* ».

⁴⁶⁹ V. *supra*, n° 113 et s.

⁴⁷⁰ V. *supra*, n° 58 et s.

⁴⁷¹ V. *supra*, n° 83 et s.

⁴⁷² Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874, v. « Auteur ».

⁴⁷³ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1^{ère} éd., Cujas, 1967, p. 382, n° 392.

doctrine le qualifie d' « auteur matériel »⁴⁷⁴. Il se distingue de l' « auteur moral » qui, sans accomplir physiquement les actes matériels de l'infraction, en est intellectuellement à l'origine. La répression de cet auteur moral a été questionnée à de nombreuses reprises, tant sur le plan juridique⁴⁷⁵ que philosophique ; Cesare Beccaria affirmait-il que « c'est de la malice du cœur que dépend la gravité du péché, et les êtres finis ne pouvant sonder cet abîme sans le secours de la révélation, comment détermineront-ils, pour la punition des crimes, un calcul qui partirait ainsi d'une base inconnue ? »⁴⁷⁶. Si le Code pénal ne consacre pas la distinction entre auteur matériel et auteur moral, elle permet néanmoins de mieux appréhender les agents du crime, sans confondre « le bras et le cerveau »⁴⁷⁷. Par ailleurs, si l'expression ne s'y trouve pas, « l'idée au contraire n'y est point absente »⁴⁷⁸. Or, en incriminant la provocation comme il le fait avec les infractions autonomes, le législateur nie à l'instigateur sa qualité réelle, celle d'auteur moral de l'acte provoqué. Il éloigne alors ce dernier de la place idoine qu'il devrait occuper au sein de la participation criminelle. Le provocateur a exercé une influence « de telle nature que sans elle le crime n'aurait jamais existé, c'est elle qui en a été la cause essentielle et déterminante »⁴⁷⁹. Il répond donc non seulement à la qualité d'auteur dans le sens commun du terme, mais aussi à la qualité d'auteur moral. L'autonomisation de la répression ne permet donc toujours pas, au regard de la théorie de la responsabilité pénale, une exacte appréhension de la situation juridique du provocateur.

160. – Si la répression des comportements provocants s'est affinée en prenant en compte la dangerosité spécifique et l'intention criminelle de l'instigateur, le rôle d'auteur d'une infraction autonome ne correspond pas exactement à la participation qu'il a eue vis-à-vis de l'acte provoqué. Légitimes d'un point de vue criminologique, elles présentent donc des limites au regard du droit.

Section 2. LA SANCTION IDOINE DU PROVOCATEUR

161. – « La sanction pénale est un mal infligé à une personne comme conséquence d'un acte contraire au droit »⁴⁸⁰. Il est nécessaire que cette sanction soit cohérente avec la gravité des agissements commis. En réaction aux défaillances de la complicité, les infractions de provocation tendent sur ce point trouver une certaine légitimité en proposant une sanction plus pertinente du provocateur. Cela va prendre la forme d'un renforcement de la répression, renforcement qui s'opère de deux manières distinctes. D'une part, il pourra s'agir d'une extension à des hypothèses non couvertes par la législation jusqu'alors (§1). D'autre part, il pourra s'agir d'une aggravation par rapport à ce que permettait la répression par le droit général (§2).

⁴⁷⁴ V. Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 26^e éd., Dalloz, 2019, p. 288, n° 318 ; Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Armand Colin, 2004, n° 402.

⁴⁷⁵ V. notamment Julia POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, dir. Philippe CONTE, PUAM, 2003 ; André POCHON, *L'auteur moral de l'infraction : la responsabilité pénale de l'instigateur*, dir. Bernard PERREAU, Université de Caen, 1945.

⁴⁷⁶ Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, 6^e éd., Jean-François Bastien, 1773, pp. 47 et 48.

⁴⁷⁷ François ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, dir. Jean-Christophe SAINT-PAU, Université de Bordeaux IV, 2007, p. 388.

⁴⁷⁸ Jean-André ROUX, note sous Crim. 1er décembre 1923, *J*, 1924, I, pp. 281 et 282.

⁴⁷⁹ Régis FERNEX DE MONTGEX, *Étude sur la complicité*, Université de Grenoble, 1867, p. 116.

⁴⁸⁰ Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2005, p. 54.

§1. L'EXTENSION DE LA RÉPRESSION

162. – Les infractions de provocation permettent d'étendre la répression pénale pour saisir davantage de comportements provocants que ne le permet le droit pénal général par le truchement de la complicité. Elles sont non seulement un moyen d'extension du champ d'action du droit pénal, mais aussi un moyen d'extension du champ de son application.

163. Extension du champ d'action du droit pénal. – Les infractions de provocation apparaissent comme un moyen d'extension de la répression du provocateur. Contrairement à la répression par la complicité, elles se saisissent de comportements provocateurs non suivis d'effet, ou portant sur des objets licites et n'exigent pas nécessairement que la provocation soit directe ou qu'elle soit réalisée par l'un des moyens énumérés à l'article 121-7 du Code pénal. Il s'agit là d'une extension du champ répressif. De surcroît, les infractions de provocation permettent d'étendre la répression de la tentative. En effet, la tentative de provocation ne peut pas être réprimée lorsque les poursuites sont engagées sur le terrain de la complicité⁴⁸¹. En revanche, lorsqu'elle est érigée en infraction autonome, la solution est différente. Si la provocation est un crime, sa tentative deviendra systématiquement punissable ; si elle est un délit, sa tentative deviendra punissable lorsque le texte d'incrimination le prévoit ; si elle est une contravention, elle ne sera pas punissable sauf disposition contraire. Ainsi, la provocation à commettre un génocide lorsqu'elle n'est que tentée, n'est pas punissable par le truchement de la complicité, mais elle le sera grâce à son infraction autonome⁴⁸². De même, la provocation à l'usage de produits dopants, qui est un délit, si elle n'est que tentée, n'est pas punissable par le truchement de la complicité, mais elle le sera grâce à son infraction autonome⁴⁸³ et parce que la loi prévoit que la tentative de cette infraction est punissable⁴⁸⁴. Enfin, si le comportement de l'instigateur est en principe un acte positif⁴⁸⁵, certains auteurs estiment qu'il peut constituer en une abstention provocatrice⁴⁸⁶. Or, il est une solution jurisprudentielle constante qui veuille que le complice doive avoir accompli des actes positifs qui ne peuvent consister en de simples inactions ou abstentions⁴⁸⁷. L'article 121-7 du Code pénal ne permettrait donc pas de réprimer une provocation consistant en une abstention. En revanche, une infraction autonome qui consacrerait un tel acte le pourrait.

⁴⁸¹ Crim. 23 mars 1978, n° 77-92.792 : *D*, 1979.319, obs. Bernard BOULOC.

⁴⁸² Art. 211-2 du Code pénal.

⁴⁸³ Art. L.3633-3 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁴ Art. L.3633-4 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁵ Crim. 23 mai 1973 : *RSC*, 1974, p. 581, obs. Jean LARGUIER.

⁴⁸⁶ Joëlle DUPUY, *La provocation en droit pénal*, dir. Pierre COUVROT, Université de Limoges, 1978, p. 42 ; v. plus largement sur cette question la thèse de M. Didier REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, dir. Yves MAYAUD, Université Lyon III, 1993.

⁴⁸⁷ Crim. 21 octobre 1948 : Bull. crim. n° 242 Crim. 27 décembre 1960, n° 93-56.060.

164. Extension du champ l'application du droit pénal. – En incriminant de façon autonome des infractions de provocation, le législateur permet potentiellement une extension territoriale de l'application de la loi pénale. Le Code pénal prévoit une applicabilité du droit français suivant les principes de territorialité⁴⁸⁸, de personnalité active⁴⁸⁹, de personnalité passive⁴⁹⁰, de la réalité⁴⁹¹ et de l'universalité⁴⁹². Par ailleurs, lorsqu'une infraction commise en France et une infraction commise à l'étranger forment un ensemble indivisible ou laissent apparaître un lien de connexité, la loi française pourra s'appliquer pour les deux⁴⁹³. Dans cette hypothèse, l'infraction de provocation constituera un moyen d'extension de l'application de la loi pénale française. En effet, si une infraction est commise à l'étranger, par un étranger, sur un étranger et qu'elle ne porte pas atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, en principe le droit français ne s'applique pas. Néanmoins, si l'auteur de l'infraction a été provoqué par un instigateur se trouvant sur le territoire français ou de nationalité française et que la provocation à cette infraction est incriminée de façon autonome, alors la loi pénale française lui sera applicable en raison de la connexité entre les infractions. Imaginons qu'un Français provoque une personne étrangère à commettre des actes de terrorisme. En principe, si l'attentat a lieu en dehors du territoire français, n'est commis que par des personnes étrangères et ne fait que des victimes étrangères, ses auteurs ne sont pas susceptibles de voir s'appliquer la loi française. Seul le provocateur, complice, pourra être jugé en France. Avec la règle de la connexité et l'incrimination autonome de la provocation à commettre des actes de terrorisme, la solution est différente. On constatera une extension de l'application de la loi française aux actes de terrorisme eux-mêmes puisque l'infraction de provocation, en lien avec ce crime, est soumise au droit pénal français.

165. – En plus de permettre une extension de la répression, dans son champ d'action comme dans son champ d'application, les infractions autonomes vont s'avérer un moyen d'aggraver la sanction du provocateur, en comparaison à sa répression par la complicité.

⁴⁸⁸ Art. 113-2 du Code pénal : « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

⁴⁸⁹ Art. 113-6 du Code pénal : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République ».

⁴⁹⁰ Art. 113-7 du Code pénal : « La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ».

⁴⁹¹ Art. 113-10 du Code pénal : « La loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation [...] commis hors du territoire de la République. »

⁴⁹² Art. 689 et s. du Code de procédure pénale : « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ».

⁴⁹³ Crim. 9 décembre 1933 : Bull. crim. n° 237 ; Crim. 23 avril 1981 : Bull. crim. n° 116 ; Crim. 20 février 1990 : Bull. crim. n° 84.

§2. L'AGGRAVATION DE LA RÉPRESSION

166. Aggravation des peines par rapport à la complicité. – Appréhender le provocateur de manière autonome en incriminant dans le droit pénal spécial son comportement indépendamment de l'acte provoqué, c'est permettre une aggravation de la répression déjà existante. En effet, la complicité fonctionne sur un emprunt de criminalité de l'auteur principal⁴⁹⁴. Dès lors, la peine maximale encourue par le provocateur lorsqu'il est poursuivi sur le fondement de l'article 121-7 du Code pénal s'avère la peine maximale encourue par l'auteur de l'acte provoqué. Tel ne sera pas le cas lorsque le législateur incrimine la provocation dans le droit spécial, en détachant la sanction de celle du résultat de son acte. En plus d'endurcir l'arsenal répressif – ce qui n'est pas en soi toujours souhaitable –, cela va permettre de ramener de la cohérence dans la sanction du provocateur. En effet, pour certains actes, la provocation à commettre ledit acte est porteuse d'une plus grande gravité et révélatrice d'une plus grande dangerosité que la commission de l'acte redouté en lui-même. Ce sera notamment le cas lorsque le provocateur agit avec publicité et/ou qu'il influence un nombre extrêmement important d'individus à commettre des actes graves à grande échelle. Le droit international pénal considère en ce sens que les chefs qui ont provoqué leurs troupes ou la population à commettre des crimes atroces sont souvent plus gravement responsables que les subalternes qui ont accompli matériellement les exactions. Ainsi en est-il des hauts dignitaires nazis par rapport aux exécutants de la Gestapo⁴⁹⁵, des dirigeants des Khmers rouges par rapport aux membres de la Santebal⁴⁹⁶, ou encore – et contrairement aux précédents, jamais traduits en justice dans le *pays des droits de l'Homme* – des hauts gradés français ayant incité à l'usage de la torture pendant la guerre d'Algérie par rapport aux soldats assujettis⁴⁹⁷. Cette conception de la responsabilité du provocateur se retrouve notamment dans la mise en oeuvre du principe de complémentarité entre la Cour de justice internationale et les juridictions pénales nationales ; la première se réservant généralement le jugement des plus hauts responsables et laissant aux juges internes le soin de poursuivre les subordonnés. Or, il est très fréquent qu'en matière de crimes contre l'humanité, génocides ou crimes de guerre, ces hauts responsables n'aient physiquement commis aucune exaction de leurs propres mains. Ils n'ont été que des provocateurs. Leur responsabilité n'en est pour autant pas moins grande, bien au contraire⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ V. *supra*, n° 114 et s.

⁴⁹⁵ V. Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, 1966.

⁴⁹⁶ V. Francis DERON, *Le Procès des Khmers rouges*, Gallimard, 2009.

⁴⁹⁷ V. notamment Paul AUSSARESSES, *Services spéciaux, Algérie (1955-1957)*, Perrin, 2001 ; Raphaëlle BRANCHE, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie (1954-1962)*, Gallimard, 2001.

⁴⁹⁸ Florence BELLIVIER, Marina EUDES et Isabelle FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, PUF, 2018 ; Didier REBUT, *Droit pénal international*, 3^e éd., Dalloz, 2019, pp. 607 et s.

167. Exemple de la provocation de mineurs à l'usage illicite de stupéfiants. – L'usage illicite de stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende⁴⁹⁹. Le provocateur-complice qui incitera un mineur à consommer de telles substances risquera donc au maximum un an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende. En revanche, poursuivi sur le fondement de l'article 227-18 du Code pénal⁵⁰⁰ qui réprime de manière autonome le provocateur de mineurs à l'usage illicite de stupéfiants, il encourra jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. La différence est ici considérable ; la répression est sans aucun doute possible aggravée par l'infraction de provocation autonome.

168. Exemple de la provocation à un attroupement armé. – La participation à un attroupement armé est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Le provocateur-complice qui incitera à participer à un tel attroupement risquera donc au maximum trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende. En revanche, poursuivi sur le fondement de l'article 431-6 du Code pénal⁵⁰¹ qui réprime de manière autonome le provocateur à un attroupement armé, il encourra jusqu'à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende. À nouveau, la peine dont est passible l'instigateur est plus que doublée par l'incrimination autonome de la provocation. L'aggravation de la répression est incontestable.



169. Conclusion du chapitre 1. – Les infractions tendent à trouver une certaine légitimité dans leur fonction principale et annoncée, la finalité rétributive. Celle-ci se présente d'une part comme une manière d'appréhender plus justement l'acte de provocation et son auteur, et d'autre part comme un moyen d'apporter une sanction plus pertinente au crime commis. S'agissant de l'appréhension de l'instigateur, elle est à la fois améliorée criminologiquement, mais toujours partiellement inexacte juridiquement. Les incriminations autonomes ont permis d'affiner la répression des comportements provocateurs en prenant en compte l'intention criminelle spécifique de leur auteur, mais se sont révélées inaptes à résoudre les difficultés de la participation criminelle. S'agissant de la sanction de l'instigateur, elle est à la fois étendue et aggravée par ces infractions, ce qui semble généralement cohérent au regard de la gravité des actes et de la dangerosité intrinsèque du personnage. Enfin la sanction est fixée systématiquement par référence au résultat redouté ; ce dernier s'avère donc un indicateur de la gravité de l'infraction tout autant qu'une justification de la peine. Toutefois, le rôle du résultat n'est pas épuisé par ces considérations rétributives : il va également tenir place de valeur à protéger dans une finalité préventive de l'incrimination.

⁴⁹⁹ Art. L.3421-1 du Code de la santé publique.

⁵⁰⁰ Art. 227-18 du Code pénal : « Le fait de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux, l'infraction définie par le présent article est punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

⁵⁰¹ Art. 431-6 du Code pénal : « La provocation directe à un attroupement armé, manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Lorsque la provocation est suivie d'effet, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende ».

Chapitre 2

L'incrimination préventive, finalité subjacente

170. Finalité préventive de la loi pénale. – « Réprimer n'est pas tout, il s'agit aussi de prévenir »⁵⁰². Certes, la prévention du crime n'est pas l'apanage du droit pénal. La criminologie préventive, qui s'intéresse notamment à la prévention sociale⁵⁰³ et situationnelle⁵⁰⁴, va bien au delà de ses frontières. Toutefois, la matière y tient une place de choix en raison des fonctions qui lui sont assignées. En effet, en dehors de sa finalité historiquement rétributive, l'infraction s'est empreinte progressivement d'un objectif préventif que la doctrine a tenté de justifier. Ainsi un auteur a-t-il pu affirmer qu'« assurément, quand la réalisation prochaine du dommage est la conséquence nécessaire de certains actes illicites, quand il n'existe aucun doute sur l'effet qu'ils doivent produire, et quand le préjudice qu'ils causeront est dès à présent appréciable, ce n'est pas déroger aux principes [que de les sanctionner en amont] »⁵⁰⁵. Cela s'opère de deux manières distinctes selon les pénalistes, qui présentent la prévention comme un concept bicéphale. Il y aurait d'un côté la prévention spéciale, ou individuelle et d'un autre la prévention générale, ou collective⁵⁰⁶. Cette distinction repose indirectement sur la réelle signification du verbe prévenir, trop régulièrement minimisée. Il s'agit non seulement d'« anticiper, [d']aller au-devant de quelque chose pour le détourner »⁵⁰⁷ mais aussi d'« informer, [d']avertir par avance »⁵⁰⁸. Dès lors, le droit pénal – et c'est d'autant plus vrai avec le corpus des infractions de provocation – va à la fois prévenir en protégeant (Section 1) et prévenir en éduquant (Section 2).

Section 1. LA PRÉVENTION PAR LA PROTECTION

171. – À travers sa fonction expressive, le droit pénal permet de protéger les valeurs sociales qu'il couvre de son égide. En lui permettant d'intervenir indépendamment de la survenance du résultat, nombreuses infractions de provocation reflètent bien ce passage d'une logique uniquement rétributive à une logique hybride, en partie protectrice par anticipation. Ainsi un auteur affirme-t-il que « le droit pénal protège [...] aussi bien contre la lésion que contre le risque de lésion »⁵⁰⁹. Cela s'inscrit dans le premier objectif de la prévention, qui consiste à préserver du mal⁵¹⁰. La substance de cette protection doit alors être envisagée vis-à-vis des objets sur lesquels elle porte (§1), mais aussi par le biais des moyens auxquels elle recourt (§2).

⁵⁰² Jean SIGNOREL, *Le crime et la défense sociale*, Berger-Levrault, 1912, p. 103.

⁵⁰³ Jean-André ROUX, « À propos de la lutte contre la criminalité », *RIDP*, 1949, p. 21.

⁵⁰⁴ Raymond GASSIN, « Les relations entre la prévention situationnelle et le contrôle de la criminalité », *RICPTS*, 1996, pp. 259 et s.

⁵⁰⁵ Auguste SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t. I, 6^e éd., Marchal et Billard, 1911, n° 448.

⁵⁰⁶ Jean LARGUIER, Philippe CONTE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 23^e éd., Dalloz, 2018, pp. 120 à 121.

⁵⁰⁷ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874, v. « Prévenir ».

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ Franz VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, t. II, Giard & Brière, 1911, p. 8.

⁵¹⁰ Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874, v. « Prévention ».

§1. LES OBJETS DE LA PROTECTION

172. Protection de valeurs sociales. – Contrairement à la répression par le truchement de la complicité, l'incrimination autonome de la provocation permet de sanctionner l'instigateur de certains actes licites et ceux dont les manoeuvres n'ont pas abouti. Par cette extension du champ d'action de la loi pénale⁵¹¹, ces différentes infractions tendent à éviter « l'apparition de situations juridiques dangereuses pour les divers intérêts protégés »⁵¹². La protection porte donc sur les valeurs sociales, comme pressenti lors de l'étude du résultat⁵¹³.

173. Diversité des valeurs sociales. – Le Code pénal, par son importante substantielle et quantitative, est révélateur d'un projet de société. À la lecture de son plan, il apparaît que les valeurs sociales protégées par la loi répressive peuvent être catégorisées en trois groupes distincts. Il y aurait premièrement des valeurs relatives à la personne : la vie, l'intégrité physique et psychique, la santé, etc. Il y aurait deuxièmement des valeurs relatives au patrimoine : la propriété, la liberté du commerce, etc. Il y aurait troisièmement des valeurs relatives à la politique : les intérêts fondamentaux de la nation. Parce qu'elles couvrent un spectre éminemment large, les infractions de provocation permettent de protéger des valeurs appartenant à chacun des trois groupes. Ainsi, les incriminations des articles 222-26-1⁵¹⁴ et 227-19⁵¹⁵ du Code pénal protègent respectivement la liberté sexuelle et la santé, alors que les incriminations des alinéas 3⁵¹⁶ et 4⁵¹⁷ de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 protègent l'intégrité physique et la propriété patrimoniale pour le premier, et les intérêts fondamentaux de la nation pour le second. Puisqu'il est sa raison d'être, le texte incriminateur mentionne en principe⁵¹⁸, explicitement⁵¹⁹ ou implicitement⁵²⁰, le résultat redouté, et *de facto*, la valeur sociale dont il assure la protection. Celle-ci est donc normalement déterminée ou déterminable à la lecture de l'infraction.

174. Valeurs morales et valeurs sociales. – En incriminant la provocation à certains actes licites tels que le suicide⁵²¹, le législateur étend la répression bien au-delà de ce que permet l'article 121-7 du Code pénal. Le droit va ici sanctionner un comportement qui a conduit à porter atteinte à une valeur sociale, sans porter atteinte à la loi pénale. C'est en filigrane la morale qui prend le pas sur le juridique. Un auteur parle en ce sens de « remords du législateur »⁵²². Ce dernier va considérer que l'acte en soi ne doit plus relever du droit pénal, mais que celui qui provoque à sa commission mérite

⁵¹¹ V. *supra*, n° 162 et s.

⁵¹² Jean-Paul DOUCET, « Les familles d'infractions », *RDPC*, 1974-1975, p. 775.

⁵¹³ V. *supra*, n° 93.

⁵¹⁴ Provocation à commettre un viol.

⁵¹⁵ Provocation d'un mineur à la consommation excessive ou habituelle d'alcool.

⁵¹⁶ Provocation à diverses atteintes aux biens dangereuses pour les personnes.

⁵¹⁷ Provocation à un crime ou un délit portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation.

⁵¹⁸ Exceptions faites des deux incriminations généralistes des articles 23 de la loi sur la liberté de la presse et 227-21 du Code pénal qui font référence à tout crime ou délit.

⁵¹⁹ V. par exemple art. 24 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 : « les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne » ; ou encore art. 413-3 du Code pénal : « en vue de nuire à la défense nationale ».

⁵²⁰ V. par exemple art. 223-13 du Code pénal qui incrimine la provocation « au suicide d'autrui » dont il se déduit implicitement que la valeur sociale protégée est la vie humaine ; art. 227-18 du Code pénal qui incrimine la provocation d'un mineur à l'usage illicite de stupéfiants », dont il se déduit que la valeur sociale protégée est la santé du mineur.

⁵²¹ Agathe LEPAGE, « Suicide et droit pénal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, pp. 399 et s.

⁵²² Gérard MÉMETEAU, « L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur », *JCP*, 1976, I, 2781.

d'être puni. Ce rapprochement – cette confusion, diront ses détracteurs – du droit et de la morale, s'il peut être questionné à certains égards, est loin d'être dénué de sens. En effet, la matière pénale, par les interdits qu'elle pose, est la discipline juridique dont la proximité avec la morale est la plus marquée. En se moralisant, elle va tenter de perfectionner les individus auxquels elle s'applique, dans le but ultime de pérenniser la vie en société. On note toutefois que les provocations à des actes licites tendent à se raréfier. Ainsi, la provocation à l'interruption de grossesse a été victime d'une vague de dépenalisation au profit des libertés individuelles⁵²³ qui n'a pas emporté la conviction de tous les auteurs⁵²⁴.

175. – Ces atteintes aux valeurs sociales et morales considérées comme fondamentales pour la société sont protégées de façon spécifique par les infractions de provocation.

§2. LES MOYENS DE LA PROTECTION

176. – La logique préventive du droit pénal, dans sa facette protectrice, consiste en une intervention anticipée de la sanction juridique. De surcroît, la loi répressive va faire appel à une exemplarité de la peine dans l'espoir de rendre effective sa protection.

177. Anticipation de la répression. – Avec les infractions autonomes de provocation, le législateur va remonter sur l'*iter criminis* pour se saisir d'états criminels embryonnaires. En ce sens, des auteurs utilisent les expressions métaphoriques de « hérisson »⁵²⁵ ou de « garde-fou »⁵²⁶. L'idée est que cette anticipation va permettre une prévention accrue par l'extension du champ de la répression. La protection des valeurs sociales sera d'autant plus grande si l'infraction n'exige pas un lien direct⁵²⁷ entre le comportement provocant et l'atteinte potentielle. En somme, on note une corrélation entre l'économie du texte incriminateur et l'importance de la protection. Plus l'infraction sera silencieuse sur les caractères de la provocation, plus la protection de la valeur sociale sera renforcée. L'anticipation sera parfois telle qu'on aura l'impression que la prévention d'une atteinte est suppléée par la protection contre le danger que représenterait cette atteinte.

178. Exemplarité de la répression. – Les peines des infractions de provocation couvrent le spectre intégral de l'arsenal répressif. Elles s'étendent de la simple amende⁵²⁸ à la réclusion criminelle à perpétuité⁵²⁹. Toutefois, on dénote à travers ce corpus une démarche du législateur qui consiste à détourner la fonction première – rétributive – de la sanction pénale afin de lui faire jouer un rôle dans la prophylaxie criminelle. Le but est alors, par une peine sévère exemplaire⁵³⁰, d'effrayer les potentiels délinquants avant leur passage à l'acte. Ce mouvement n'est pas étranger à la confusion moderne

⁵²³ Incriminée à l'article L.2221-1 du Code de la santé publique par la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, elle a été abrogée par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

⁵²⁴ Agathe LEPAGE, « Pour une repénalisation de la provocation à l'interruption de grossesse », *JCP G*, 2007, II, 100046.

⁵²⁵ George LEVASSEUR, « Aspects juridiques de la prévention de l'homicide volontaire », *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, t. I, Cujas, 1957, p. 45.

⁵²⁶ Albert CHAVANNE, « Les infractions de mise en danger », *RIDP*, 1969, p. 128.

⁵²⁷ V. *supra*, 76 et s.

⁵²⁸ Art. R.121-4 du Code de la route.

⁵²⁹ Art. 211-2 du Code pénal.

⁵³⁰ V. *supra*, n° 166 et s.

qu'opèrent nos sociétés entre la sûreté et la sécurité, tendant à faire de cette dernière une valeur sociale qui n'a pas lieu d'être. L'évolution de la loi pénale sur ces questions est ainsi dénoncée par certains auteurs, à l'image de la Professeur Audrey Darsonville qui soutient que « l'obscurantisme sécuritaire est un courant de pensée qui aborde la peine sous un prisme nouveau. Il ne s'agit plus d'opter pour une peine proportionnée à la gravité du dommage, mais pour une peine dont la gravité doit dissuader l'auteur des faits de récidiver. [...] L'aggravation de la sanction est le moyen supposé être le plus efficace pour endiguer la criminalité »⁵³¹. Au-delà des peines d'emprisonnement et de réclusion, les sanctions associées aux infractions de provocation peuvent même s'apparenter à des mesures de sûreté au sens criminologique du terme. C'est notamment le cas de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille ou de l'interdiction d'exercer une activité impliquant un contact habituel avec des mineurs qui peuvent être prononcées suite à une condamnation fondée sur les articles 227-18 à 227-21 du Code pénal réprimant les provocations sur mineurs.

179. – La première prévention exercée par les infractions de provocation consiste donc en une protection anticipée et renforcée des valeurs sociales. Cette finalité se poursuit dans la recherche d'une vertu pédagogique au sein de l'incrimination ; il s'agit alors d'une prévention par l'éducation.

Section 2. LA PRÉVENTION PAR L'ÉDUCATION

180. Depuis le milieu du XX^e siècle, la doctrine – et notamment la sociologie juridique – attribue à la loi pénale une fonction éducatrice⁵³². Il s'agit en réalité d'un aspect de sa fonction préventive puisqu'en éduquant la société en général, et les délinquants potentiels en particulier, elle informe des suites réservées à ceux qui méconnaissent ses prescriptions et décourage ainsi le passage à l'acte. La norme juridique, qui prend la forme d'un « avertissement »⁵³³, se voit donc affublée d'une qualité que l'on n'attendait pas d'elle à première vue : « la valeur pédagogique de l'interdit »⁵³⁴. Cette propriété se retrouve tout particulièrement à travers le corpus des infractions de provocation. Leurs textes d'incrimination vont non seulement jouer un rôle d'éducation à la loi pénale (§1), mais également et plus largement d'éducation à la vie sociale (§2).

§1. L'ÉDUCATION À LA LOI PÉNALE

181. Stigmatisation du provocateur par l'incrimination. – En stigmatisant la témébilite de l'instigateur et en assurant une répression autonome de ses actes, le droit pénal spécial entend limiter autant que possible l'apparition de comportements provocants dangereux. Il va notamment dédoubler la prévention à l'égard de l'acte provoqué puisque si ce dernier est illicite, il bénéficie d'ores et déjà d'une incrimination propre qui pose une première fois l'interdit pénal. L'infraction de provocation à cet acte réaffirmera son illégalité. Par ailleurs, en dénonçant le comportement de celui qui pousse à violer

⁵³¹ Audrey DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », *Le principe de nécessité en droit pénal*, dir. Olivier CAHN et Karine PARROT, Lextenso, 2013, p. 98.

⁵³² Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., LGDJ, 1998, pp. 159 et s.

⁵³³ Christine LAZERGES, « Les problèmes actuels de la politique criminelle », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, vol. V, PUAM, 1992, p. 96.

⁵³⁴ *Ibid.*

la loi pénale, l'infraction de provocation appelle implicitement à adopter une conduite d'obéissance, de respect, à l'égard de cette dernière. De manière sous-jacente, cela éduque également d'une certaine façon les victimes en les mettant en garde contre ces comportements, reposant sur des influences néfastes, qui tendent à abuser de leur docilité voire de leurs faiblesses afin de perpétrer un acte attentatoire au corps social.

182. Réinsertion du provocateur par la peine. – Parce qu'elles permettent souvent de réprimer l'instigateur alors que sa provocation n'a pas été suivie d'effet, les infractions de provocation apportent une réponse pénale individualisée à ces individus. En intervenant en amont du dommage, la loi se donne la possibilité d'éduquer le provocateur à la norme juridique, par anticipation, à travers la peine, avant qu'il ne parvienne réellement à ses fins et qu'une atteinte effective aux valeurs sociales ait lieu. Toutefois, cette éducation par la sanction, si elle est théoriquement séduisante, est totalement vidée de sa substance en pratique lorsque celle-ci prend la forme d'une incarcération. En effet, l'état actuel des prisons françaises ne permet guère à la peine d'emprisonnement de remplir la finalité de réinsertion⁵³⁵ qui lui est attribuée. Condamnée à plusieurs reprises⁵³⁶ et encore très récemment⁵³⁷ par la CEDH pour les conditions de détention inhumaines et dégradantes de ses établissements pénitentiaires, la France n'offre indiscutablement pas aux condamnés la possibilité de s'éduquer à la norme par la privation de liberté. Certains auteurs vont jusqu'à parler de « désinsertion sociale »⁵³⁸ à l'égard des effets du système carcéral français. Dès lors, qu'il s'agisse des infractions de provocation ou d'autres incriminations – et parce que l'incarcération reste encore la peine privilégiée des juridictions pénales⁵³⁹ malgré les nombreuses études qui démontrent son échec colossal⁵⁴⁰ –, l'idée d'une prévention par l'éducation à travers la peine constitue en pratique un vœu pieux.

183. – Enfin, plus largement qu'une éducation à la loi pénale, c'est également une éducation à la vie sociale que se prétendent d'assurer les infractions de provocation.

§2. L'ÉDUCATION À LA VIE SOCIALE

184. Stigmatisation de la violation d'une morale collective. – En incriminant des provocations à des actes licites, les infractions de notre corpus tendent à sensibiliser les individus sur des comportements considérés comme déviants ou immoraux. À travers l'incrimination, le législateur va dicter un standard de conduite à adopter ainsi qu'une moralité minimale à revêtir pour vivre

⁵³⁵ Art. 130-1 du Code pénal : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.

⁵³⁶ V. entre autres CEDH 25 avril 2013, *Canali c. France*, n°40119/09 ; CEDH 21 mai 2015, *Yengo c. France*, n°50494/12.

⁵³⁷ CEDH 30 janvier 2020, *J.M.B. et a. c. France*, n° 9671/15 : dans ce dernier arrêt, la Cour de Strasbourg à l'unanimité condamne notamment la maison d'arrêt de Fresnes pour l'ensemble de son œuvre : surpopulation massive et durable, conditions de vie indignes, locaux inadaptés et conditions d'hygiène désastreuses.

⁵³⁸ Julie ALIX, « Les hésitations de la politique criminelle », *RSC*, 2013, p. 677.

⁵³⁹ Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice*, 2020, pp. 16 et s.

⁵⁴⁰ M^{me} Julie ALIX appelle à une rationalisation du recours à l'emprisonnement qu'elle estime inévitable pour protéger la société de la récidive : « assurer la fonction de prévention spéciale endossée par la peine ne peut se faire que par le recours à des peines efficaces, des peines qui punissent tout en réduisant le délinquant (en le corrigeant, pourrait-on écrire) ; réinsérer les délinquants exige, à l'heure où les réflexions et les dispositifs existent, de multiplier les peines dites de « contrôle social » dont il ne faut pas négliger la dimension punitive et coercitive pour le délinquant. » (Julie ALIX, « Les hésitations de la politique criminelle », *RSC*, 2013, p. 677).

correctement en société. La loi pénale entend alors « contribuer au développement d'un sens civique authentique, tant chez l'individu ordinaire que chez celui qui s'est déjà fourvoyé dans la délinquance »⁵⁴¹. C'est notamment le cas dans l'hypothèse de la provocation au suicide. Cet acte, bien qu'attentatoire à la vie humaine, est aujourd'hui considéré comme l'exercice d'une liberté individuelle et ne constitue plus une infraction pénale. Il n'en demeure pas moins que la gravité de ses conséquences font de celui qui provoque un tiers au suicide un individu dénué de sens moral. Le cynisme qui le caractérise est incontestable lorsqu'il se donne une image altruiste pour inciter autrui, généralement déjà en état de faiblesse caractérisée, à se donner la mort. Il en est de même lorsque la loi incrimine la provocation à la discrimination raciale ou sexiste. Il s'agit ici d'éduquer le délinquant face à des idéologies inacceptables. La conclusion est similaire s'agissant de la provocation d'un mineur à faire une consommation excessive d'alcool. L'incrimination entend prévenir le risque en éduquant l'adulte, en l'incitant à adopter une responsabilité morale des adultes vis-à-vis d'individu en état de vulnérabilité et plus disposés à se faire influencer. Ces infractions portent donc un projet pédagogique de vie sociale paisible. Il convient toutefois de mettre en garde contre les abus auxquels pourraient conduire cette finalité éducatrice⁵⁴². En effet, la loi pénale doit conserver comme fonction première la rétribution du criminel. Cette exigence tend à se raréfier lorsque le législateur crée une infraction de provocation pour répondre à un fait divers et qu'il « use de la loi comme d'un moyen politique d'exprimer son attachement à certaines valeurs, faisant ainsi un usage abusif de [sa] fonction déclarative »⁵⁴³.



185. Conclusion du chapitre 2. – En définitive, les infractions de provocation autonomes sont « l'illustration d'une modernité nécessaire et recherchée au regard de la prévention de l'insécurité, au regard de l'efficacité de la politique criminelle »⁵⁴⁴. Elles trouvent une certaine légitimité dans leur capacité à anticiper les atteintes aux valeurs sociales en leur accordant une protection renforcée. De surcroît, en se donnant une vertu éducative, elles préviennent la méconnaissance de la loi pénale et de la morale minimale nécessaire à adopter pour une vie en communauté. Cette finalité préventive va donc dans le sens de la légitimation du corpus.

⁵⁴¹ Giacomo CANEPA, « Vers une criminologie nouvelle fondée sur le développement des valeurs et de la responsabilité civique », *RSC*, 1981, p. 590.

⁵⁴² Jean PRADEL, « Prévention générale : l'effet d'éducation morale et les risques de contre-éducation », *RSC*, 1977, p. 647.

⁵⁴³ Audrey DARSONVILLE, « Les habitudes politiques du législateur », *Les habitudes du droit*, dir. Nicolas DISSAUX et Youssef GUENZOU, Dalloz, 2015, p. 47.

⁵⁴⁴ Christine LAZERGES, « La participation criminelle », *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Pédone, 1995, p. 22

CONCLUSION DU TITRE 2

186. La fonction des infractions de provocation révèle par son étude une recherche de légitimité de la pénalisation que ce corpus opère. Au premier plan, leur finalité rétributive apparente permet d'appréhender et de sanctionner le provocateur avec plus de cohérence que ne le proposait la complicité du droit commun. Au second plan, leur finalité préventive sous-jacente vient renforcer la justification de leur existence. Il s'agira, avec ces incriminations autonomes, d'anticiper la répression et de protéger de manière accrue le corps social tout en l'éduquant grâce à la fonction expressive de la loi pénale. Dès lors, ces infractions – lorsqu'elles n'exigent pas d'être suivies d'effet – deviennent de véritables infractions de prévention⁵⁴⁵.



CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

187. La quête de sens des infractions de provocation ne pouvait se faire qu'au regard de la politique criminelle qui sous-tend leur incrimination. Cela nous a conduit à observer leur fondement puis leur objectif. La nécessité d'une autonomie vis-à-vis du carcan inadapté que représentait la complicité s'est rapidement révélée comme leur raison d'être, puis cette inadaptation du droit pénal général s'est ensuite avérée être un facteur de légitimité. Les infractions autonomes ont en effet permis une appréhension et une sanction plus adéquate du provocateur, mais aussi une prévention du crime renforcée par la protection anticipée et par l'éducation à la norme. Leur objectif ainsi dédoublé est tout à fait symptomatique de la mutation du « vieux droit pénal moral de rétribution vers un droit de défense ou de protection sociale »⁵⁴⁶. Ces infractions s'inscrivent alors dans un but hobbesien⁵⁴⁷ qui traduit un changement radical de conception de notre système répressif. L'incrimination n'est plus justifiée par le besoin de sanctionner une atteinte à la valeur sociale mais par le simple fait de menacer cette valeur⁵⁴⁸. En définitive, ce corpus d'infraction prend son sens dans le besoin d'autonomie de la pénalisation d'une part, et dans la légitimité des solutions que cette pénalisation apporte d'autre part.

⁵⁴⁵ Sur cette notion, v. la thèse de M^{me} Anne PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, dir. Christine LAZERGES, Université de Montpellier, 2001.

⁵⁴⁶ « Rapport belge au X^e Congrès international de droit pénal », *RIPD*, 1969, p. 72.

⁵⁴⁷ Hobbes fait de la recherche de sécurité la première et fondamentale loi de nature : « Parce que la condition humaine (...) est un état de guerre de tous contre tous, où chacun est gouverné par sa propre raison, et parce qu'il n'y a rien dont on ne puisse faire usage contre ses ennemis, qui ne soit de quelque secours pour se maintenir en vie, il s'ensuit que, au sein d'un tel état, chacun a un droit sur toute chose, y compris sur le corps des autres. Et donc aussi longtemps que perdure ce droit naturel de chacun sur toute chose, il ne saurait y avoir de sécurité permettant à quiconque (...) de vivre tout le temps que la nature alloue ordinairement pour la vie. Par conséquent, c'est un précepte et une règle générale de la raison que chacun doit s'efforcer à la paix aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'atteindre » (Thomas HOBBS, *Léviathan*, Gallimard, 2000, pp. 231 et 232).

⁵⁴⁸ Pascal PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, dir. André VITU, Université de Nancy, 1977, p. 332.

CONCLUSION

188. – « Le droit est l'objet d'une recherche, d'une recherche jamais close, qui s'opère par la dialectique et sur la base d'observations. L'étude n'y aboutit jamais qu'à des résultats provisoires »⁵⁴⁹. Ce travail consacré aux « figures reconnaissables de délit »⁵⁵⁰ que sont les provocations illicites, et plus précisément à leur incrimination autonome, permet de dresser un constat éphémère de la législation en la matière. Éphémère car suivant la vitesse exponentielle de son développement, on ne saurait s'engager sur une pérennité de ses conclusions. En premier lieu, l'appréhension de l'essence des infractions de provocation a permis d'en dégager une typologie, une grille de lecture généraliste de ses composantes fondamentales. À cette caractérisation *in vitro* s'est ajoutée une observation du corpus appréhendé dans l'existence, c'est-à-dire au sein de l'arsenal répressif, et ce afin d'en déceler et d'en comprendre le sens. En faisant la synthèse des connaissances acquises, il est possible de proposer une définition de l'objet d'étude. Les infractions de provocation sont des incriminations de comportements fautifs, éminemment intentionnels, qui révèlent une volonté criminelle et perverse de leur auteur. Celle-ci se matérialise à travers des moyens d'influence sur la volonté d'autrui et vise à instaurer une situation déterminante de dépendance intentionnelle et causale pour amener ce dernier à commettre un résultat redouté par le corps social car attentatoire à une valeur sociale protégée. Le corpus que forment ces infractions prises dans leur ensemble trouve sa raison d'être dans un besoin d'autonomisation de la pénalisation ; nécessité induite par une insuffisance de la complicité du droit pénal général qui se chargeait traditionnellement de réprimer les provocations illicites. Enfin, elles poursuivent une double finalité, rétributive et préventive, qui les légitime vis-à-vis des incohérences et des lacunes de la complicité, et leur donne *de facto* du sens en tant que mode de répression alternatif. L'architecture de la répression ainsi proposée n'est pas sans contredire la présentation traditionnelle de la provocation punissable. Loin de prétendre à la vérité, cette recherche invite alors à la discussion.

189. – En punissant une volonté criminelle extériorisée mais non suivie d'effet, l'infraction de provocation réprime la mise en danger et anticipe le risque. Or, cette voie contemporaine de pénalisation des provocations, si elle poursuit un objectif louable, ne devrait pas conduire à transformer de la sorte notre conception du droit pénal. La sanction de l'instigateur doit s'inscrire dans les principes de l'État de droit sans jamais mettre à distance les libertés fondamentales, au premier titre desquelles les libertés d'opinion et d'expression. « Se joue là, en effet, l'humanité de l'Homme, dont l'État n'a pas le droit de désespérer »⁵⁵¹. Elle ne devrait pas non plus conduire le législateur à renier la conception libérale de la répression, fondée sur le libre arbitre et l'exigence de principe d'une matérialité de faits. Sur ce point, les infractions de provocation sont un témoignage supplémentaire de l'impact de la criminologie sur le droit pénal. Le but du procès est-il de punir un délinquant ou d'éliminer un individu dangereux ? Alors que la répression par la complicité avait au moins le mérite de répondre par la première proposition, il n'est pas certain que les infractions autonomes en fassent autant. En anticipant l'intervention du juge sur la lésion d'une valeur sociale, les infractions de provocation font en effet de la prophylaxie criminelle une fin en soi pour les incriminations pénales.

⁵⁴⁹ Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2006, p. 91.

⁵⁵⁰ Jean CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable au complice, selon l'article 59 du code pénal », *JCP G*, 1952, I, 1034.

⁵⁵¹ Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, « Punir dans une société démocratique ou Le devoir d'espérance de l'État », *Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 194.

190. – Enfin, s'il est reconnu au droit pénal une certaine fonction expressive, pour que cette dernière soit respectée, encore faut-il que la loi demeure un minimum lisible et qu'elle fasse œuvre de pédagogie. La « magistrale inflation pénale »⁵⁵² dont est l'objet le corpus des infractions de provocation semble aller à rebours de ces exigences. La multiplication des conflits de qualifications ainsi que les doublons législatifs témoignent de cette perte de sens de l'arsenal répressif. Ces conclusions rejoignent le constat de la doctrine qui fait état depuis plusieurs années d'une tendance du législateur à vouloir systématiquement combler les interstices juridiques⁵⁵³, si bien que l'on peut aujourd'hui parler d'un « déclin de la discontinuité du droit pénal »⁵⁵⁴. Comme le rappelait le Doyen Carbonnier, « de l'inflation législative, nous portons tous un peu le péché. À peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané »⁵⁵⁵. En définitive, pour les sociétés humaines qui s'engagent dans une lutte contre le mal – et s'agissant de la pénalisation de sa provocation en particulier –, là encore « le tact dans l'audace, c'est de savoir jusqu'où on peut aller trop loin »⁵⁵⁶.

⁵⁵² Christine LAZERGES, « A propos des fonctions du nouveau Code pénal », p. 9.

⁵⁵³ Déjà en 1977, M. Roger MERLE affirmait que le législateur comblait les « vides de la loi pénale » (Roger MERLE, « L'évolution du droit pénal contemporain », *D*, 1977.I.306).

⁵⁵⁴ Mme Julie Alix parle d'une « incessante fuite en avant qui, pour neutraliser quelques dangereux, ne craint pas d'enterrer le principe de discontinuité de la répression pénale » (Julie ALIX, « Aux confins de la répression pénale », *D*, 2020.273) ; V. également Christine LAZERGES, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Droits et libertés fondamentaux*, 3^e éd., Dalloz, 1996, n° 567.

⁵⁵⁵ Jean CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^e éd., Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, p. 312.

⁵⁵⁶ Jean COCTEAU, *Le Coq et l'Arlequin*, Éditions de la Sirène, 1918, p. 11.

« Le véritable attrait du mal est la facilité séduisante avec laquelle on peut s'élancer sur sa route. [...] La volonté c'est de ne pas être d'accord, de ne pas se soumettre, s'opposer. »

— Salman RUSHDIE, *Versets sataniques* (1989)

BIBLIOGRAPHIE

I. LITTÉRATURE, PHILOSOPHIE, SCIENCES ET SOCIOLOGIE

ABGRALL (Jean-Marie)

Tous manipulés tous manipulateurs, First, 2003

ARENDT (Hannah)

Eichmann à Jérusalem, Gallimard, 1966

AUSSARESSES (Paul)

Services spéciaux, Algérie (1955-1957), Perrin, 2001

BECCARIA (Cesare)

Traité des délits et des peines, 6^e éd., Jean-François Bastien, 1773

BRAITHWAITE (John) et PETTIT (Philip)

Not Just Deserts, A Republican Theory of Criminal Justice, Clarendon Press, 1992

BRANCHE (Raphaëlle)

La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie (1954-1962), Gallimard, 2001

CANTOR (Georg)

Fondements d'une théorie générale des ensembles : une percée mathématico-philosophique dans la doctrine de l'infini, Éditions de l'Infini, 2008

CHODERLOS DE LACLOS (Pierre-Ambroise-François)

Les Liaisons dangereuses, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1932

COCTEAU (Jean)

Le Coq et l'Arlequin, Éditions de la Sirène, 1918

CORNU (Gérard)

Vocabulaire juridique, PUF, 2003

DE MUSSET (Alfred)

Premières poésies in *Poésies Complètes*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1957

DERON (Francis)

Le Procès des Khmers rouges, Gallimard, 2009

DERVILLE (Grégory)

Le pouvoir des médias, mythes et réalités, Presses universitaires de Grenoble, 1997

DURKHEIM (Émile)

Les règles de la méthode sociologique, 12^e éd., PUF, 2005

De la division du travail social, PUF, 2013

GAFFIOT (Félix)

Dictionnaire illustré latin-français, Hachette, 1934

GIDE (André)

Souvenirs de la cour d'assises, Gallimard, 1913

HEISENBERG (Werner)

La nature de la physique contemporaine, Gallimard, 1962

HOBBS (Thomas)

Léviathan, Gallimard, 2000

HUME (David)

Traité de la nature humaine, L'entendement (Livre I), Gallimard, 1999

KANT (Emmanuel)

Œuvres philosophiques (t. II), Critique de la raison pratique, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1985

Œuvres philosophiques (t. II), Fondements de la métaphysique des mœurs, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1985

Œuvres philosophiques (t. III), La religion dans les limites de la simple raison, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1986

LITTRÉ (Émile)

Dictionnaire de la langue française, Hachette, 1874

MONTESQUIEU

Œuvres de Monsieur de Montesquieu (Tome I), De l'esprit des lois, Nourse, 1772

OGIEN (Ruwen)

L'éthique aujourd'hui : maximalistes et minimalistes, Gallimard, 2007

PIETTRE (Bernard)

Philosophie et science du temps, 2^e éd., PUF, 1996

PLANCK (Max)

Initiations à la physique, Flammarion, 1993

PLATON

Gorgias, Les Belles Lettres, 1997

REBOUL (Olivier)

Kant et le problème du mal, Les presses de l'université de Montréal, 1971

RICŒUR (Paul)

Le juste, la justice et son échec, Paris, L'Herne, 2005

« Avant la loi morale : l'éthique », *Encyclopædia Universalis*, Encyclopædia Britannica, 1985

ROUSSEAU (Jean-Jacques)

Du contrat social in *Œuvres complètes*, t. III, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1964

SARTRE (Jean-Paul)

Questions de méthode, Gallimard, 1967

L'existentialisme est un humanisme, Gallimard, 1996

SIGNOREL (Jean)

Le crime et la défense sociale, Berger-Levrault, 1912

SUTHERLAND (Edwin)

White Collar Crime, Yale University Press, 1985

VIDOCQ (François)

Mémoires du chef de la police de sûreté, t. I, Tenon, 1828

WEBER (Max)

Économie et société, t. I, Plon, 1995

WILDE (Oscar)

Le Portrait de Dorian Gray, in *Œuvres*, Gallimard, coll. *Bibliothèque de la Pléiade*, 1996

II. SCIENCES JURIDIQUES

1. Ouvrages généraux

BERNARDINI (Roger)

Droit pénal général, Gualino, 2003

BINDING (Karl)

Die Norm und ihre Übertretung, t. I, Scientia, 1965

BOULOC (Bernard)

Droit pénal général, 26^e éd., Dalloz, 2019

CONTE (Philippe) et MAISTRE DU CHAMBON (Patrick)

Droit pénal général, 7^e éd., Armand Colin, 2004

CONTE (Philippe)

Droit pénal spécial, 2^e éd., Litec, 2005

DEBOVE (Frédéric), FALLETTI (François) et PONS (Iris)

Précis de droit pénal et de procédure pénale, PUF, 2018

DECOCQ (André)

Droit pénal général, Armand Colin, 1971

DONNEDIEU DE VABRES (Henri)

Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, 3^e éd., Sirey, 1947

DREYER (Emmanuel)

Droit pénal général, 5^e éd., LexisNexis, 2019

GARÇON (Émile)

Code pénal annoté, Sirey, 2^e éd. par Marcel ROUSSELET, Maurice PATIN et Marc ANCEL, 1952

GARRAUD (René)

Traité théorique et pratique de droit pénal français, t. III, 3^e éd., Sirey, 1916

Traité théorique et pratique de droit pénal français, t. V, 3^e éd., Sirey, 1916

JEANDIDIER (Wilfrid)

Droit pénal général, 2^e éd., Montchrestien, 1991

LARGUIER (Jean), CONTE (Philippe) et MAISTRE DU CHAMBON (Patrick)

Droit pénal général, 23^e éd., Dalloz, 2018

MAYAUD (Yves)

Droit pénal général, 6^e éd., PUF, 2018

MERLE (Roger)

Droit pénal général complémentaire, PUF, 1957

MERLE (Roger) et VITU (André)

Traité de droit criminel, Droit pénal général, 1^{ère} éd., Cujas, 1967

Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, Cujas, 1982

ORTOLAN (Joseph)

Résumé des éléments de droit pénal, Plon, 1867

PIN (Xavier)

Droit pénal général, 12^e éd., Dalloz, 2021

PUECH (Marc)

Droit pénal général, Litec, 1988

RASSAT (Michèle-Laure)

Droit pénal général, 2^e éd., PUF, 1999

ROBERT (Jacques-Henri)

Droit pénal général, 6^e éd., PUF, 2005

VON LISZT (Franz)

Traité de droit pénal allemand, t. II, Giard & Brière, 1911

VOUIN (Robert)

Droit pénal spécial, 6^e éd., Dalloz, 1988

2. Ouvrages spéciaux, thèses

ALIX (Julie)

Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes, dir. Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ, Dalloz, 2010

ALLIX (Dominique)

Essai sur la coaction : contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne, dir. Jean-Claude SOYER, LGDJ, 1976

ANCEL (Marc)

La défense sociale nouvelle, Cujas, 1954

BADINTER (Robert)

Préface, *Projet de nouveau Code pénal*, 1988

BAGHEER (Shamloo)

La provocation en droit français et iranien, dir. Christine LAZERGÈS, Université de Montpellier, 2000

BARBIER (Georges)

Code expliqué de la presse. Traité général de la police de la presse et des délits de publication, t. I, Marchal et Billard, 1887

BARON (Elisa)

La coaction en droit pénal, dir. Valérie MALABAT, Université de Bordeaux IV, 2012

BELLIVIER (Florence), EUDES (Marina) et FOUCHARD (Isabelle)

Droit des crimes internationaux, PUF, 2018

BERNARDINI (Roger)

L'intention coupable, dir. Raymond GASSIN, Université de Nice, 1976

BESSE (Thomas)

La pénalisation de l'expression publique, dir. Damien ROETS, Université de Limoges, 2018

BIGOT (Christophe)

Pratique du droit de la presse, 3^e éd., Dalloz, 2000

BISWANG (Pierre-Guy)

La distinction du coauteur et du complice, Université de Paris, 1963

BLOUÈRE (Jean-Louis)

De la complicité à Rome et en France, Université de Caen, 1876

BON (Pierre-André)

La causalité en droit pénal, dir. Michel DANTI-JUAN, LGDJ, 2005

CARBONNIER (Jean)

Essai sur les lois, 2^e éd., Répertoire du Notariat Defrénois, 1995

Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, 9^e éd., LGDJ, 1998

Sociologie juridique, 2^e éd., PUF, 2004

CARRON (Joseph)

La provocation délit spécial, dir. Pierre GARRAUD, Université de Lyon, 1937

D'ALMEIDA (Fabrice)

La manipulation, PUF, 2003

DARSONVILLE (Audrey)

Les situations de dépendance entre infractions, essai d'une théorie générale, dir. Yves MAYAUD, Université Paris II Panthéon-Assas, 2006

DARSONVILLE (Audrey) et ALIX (Julie)

Gravité et droit pénal, Mare & Martin, 2021

DE GREEFF (Étienne)

Introduction à la criminologie, 1946

DE LAMY (Bertrand)

La liberté d'opinion et le droit pénal, dir. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, LDGJ, 2000

DÉCIMA (Olivier)

L'identité des faits en matière pénale, dir. Philippe CONTE, Dalloz, 2008

DELMAS-MARTY (Mireille)

Les chemins de la répression, PUF, 1980

DRÉAN-RIVETTE (Isabelle)

De l'individualisation à la personnalisation de la peine : approche épistémologique de la norme sanctionnatrice, dir. Georges FOURNIER, Université de Rennes, 2003

DOUCET (Jean-Paul)

Le jugement pénal, Gazette du Palais, 1991

La protection pénale de la personne humaine, Gazette du Palais, 1999

DUPUY (Joëlle)

La provocation en droit pénal, dir. Pierre COUVRAT, Université de Limoges, 1978

DESGUERROIS (Émile)

La complicité, Université de Montpellier, 1887

FERNEX DE MONTGEX (Régis)

Étude sur la complicité, Université de Grenoble, 1867

FERRI (Enrico)

La sociologie criminelle, 3^e éd., Dalloz, 2004

FILLION (Bernard)

La responsabilité pénale de l'instigateur, dir. André DECOCQ, Université Paris II Panthéon-Assas, 1979

GAROFALO (Raffaele)

La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, 2^e éd., Félix Alcan, 1890

GASSIN (René)

Essai de théorie générale de la ruse en criminologie, PUAM, 2009

GENINET (Béatrice)

Étude critique de la personnalisation de la peine, dir. Mireille DELMAS-MARTY, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000

GRAMATICA (Filippo)

Principes de défense sociale, Cujas, 1964

GRIFFON (René)

De l'intention en droit pénal, Université de Paris, 1911

GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève) et LAZERGES (Christine) (dir.)

La dangerosité saisie par le droit pénal, PUF, 2011

HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie)

Disposer de soi ? Analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps, L'Harmattan, 2004

JOFFROY (Nathalie)

La provocation en droit pénal, dir. Roger BERNARDINI, Nice, 2000

JOUSSE (Daniel)

Traité de la justice criminelle de France, t. I, Debure, 1771

LE TOURNEAU (Philippe)

Droit de la responsabilité et des contrats, 11^e éd., Dalloz, 2018

LEBRETON (André)

De la provocation aux crimes et délits dans ses rapports avec les lois sur la presse, dir. Adolphe CHAUVEAU, Université de Rennes, 1901

LEPAGE (Agathe)

Recherche sur la connaissance du fait en droit, dir. Yann PACLOT, Université Paris-Sud, 1998

LEPAGE (Agathe) et BONNEAU (Thierry) (dir.)

Information, numérique et innovations, Éditions Panthéon-Assas, 2020

LOYSEL (Antoine)

Institutes coutumières, t. I, rééd. par André DUPIN et Édouard LABOULAYE, Durand et Videcoq, 1846

MALABAT (Valérie)

Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal, dir. Philippe CONTE, Université de Bordeaux, 1999

MARÉCHAL (Jean-Yves)

Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale, dir. Alain PROTHAIS, Université de Lille, 1999

MARTIN-VALENTE (Sophie)

La provocation en droit pénal, dir. Jacques FRANCILLON, Université Paris-Sud, 2002

MATHIEU-IZORCHE (Marie-Laure)

Le raisonnement juridique, PUF, 2001

MUYART DE VOUGLANS (Pierre-François)

Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel, t. I, Merigot-Crapart-Morin, 1780

PHILIPPOT (Pascal)

Les infractions de prévention, dir. André VITU, Université de Nancy, 1977

POCHON (André)

L'auteur moral de l'infraction : la responsabilité pénale de l'instigateur, dir. Bernard PERREAU, Université de Caen, 1945

PONSEILLE (Anne)

L'infraction de prévention en droit pénal français, dir. Christine LAZERGES, Université de Montpellier, 2001

PORTOLANO (Diane)

Essai d'une théorie générale de la provocation, dir. Gaëtan DI MARINO, LGDJ, 2012

POUYANNE (Julia)

L'auteur moral de l'infraction, dir. Philippe CONTE, PUAM, 2003

QUÉZEL-AMBRUNAZ (Christophe)

Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, dir. Philippe BRUN, Dalloz, 2010

REBUT (Didier)

L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction, dir. Yves MAYAUD, Université Lyon III, 1993

Droit pénal international, 3^e éd., Dalloz, 2019

RENUCCI (Jean-François)

Droit pénal des mineurs, Masson, 1994

ROUSSEAU (François)

L'imputation dans la responsabilité pénale, dir. Jean-Christophe SAINT-PAU, Université de Bordeaux, 2007

ROY (Alexandre)

Étude du principe d'individualisation en matière pénale, dir. Xavier PIN, Université Lyon III, 2016

SOURDAT (Auguste)

Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, t. I, 6^e éd., Marchal et Billard, 1911

THERY (Raphaëlle)

Libéralisme pénal : Principes, contradictions et enjeux d'une institution non idéale, dir. Bernard HARCOURT et Patrick SAVIDAN, EHESS, 2015

VERNY (Édouard)

Le membre d'un groupe en droit pénal, dir. André DECOCQ, LGDJ, 2002

VILDE (Nelly)

La répression pénale de la provocation, dir. Robert VOUIN, Université Paris II Panthéon-Assas, 1975

VILLEY (Michel)

La formation de la pensée juridique moderne, PUF, 2006

WAGNER (Emmanuel)

La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine, dir. André VITU, Université de Clermont-Ferrand, 1977.

WAGNER (Marion)

Les effets de l'infraction, essai d'une théorie générale, dir. Yves MAYAUD, LGDJ, 2011

3. Articles et contributions**ABGRALL (Jean-Marie)**

« La manipulation mentale, mythe médiatique ou réalité psychiatrique ? », *Actualité en psychiatrie*, Ardis médical, Juillet 2000

ADER (Basile)

« La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet », *Légipresse*, 1997, II. 65, n° 142

ALIX (Julie)

« Aux confins de la répression pénale », *D*, 2020.273

« Les hésitations de la politique criminelle », *RSC*, 2013, p. 677

ANGEVIN (Henri)

« Provocation au suicide », *JCl. Pénal Code*, art. 223-13 à 223-15, 1996, n° 27

AUVRET (Patrick)

« L'application du droit de la presse au réseau internet », *JCP G*, 1999, I, 108

BEIGNIER (Bernard), DREYER (Emmanuel), DE LAMY (Bertrand), TAVIEAUX-MORO (Nicolas) et TRICOIRE (Emmanuel)

« Droit de la presse et des médias », *JCP G*, Novembre 2009, p. 53

BENILLOUCHE (Mikaël)

« La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction. Plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC*, 2005, pp. 529 et s.

BERAUD (Roger), CANNAT (Pierre) et DALLADE (Vrej)

« L'état dangereux prédélictuel : les traitements », *Rapport général au troisième congrès français de criminologie d'Aix-en-Provence (9-11 octobre 1962)*, pp. 28 et 29, n° 52- 54

BIGOT (Christophe)

« Presse et communication », *JCl. Lois pénales spéciales*, fasc. 140, n° 19

BLIN (Henri), CHAVANNE (Albert) et DRAGO (Roland)

« Traité du droit de la presse. Ancien Code de la presse de Barbier », *RIDC*, Janvier-Mars 1970, pp. 188 et s.

BOULAN (Fernard)

« La provocation », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, vol. III, PUAM, 1989, p. 9

BOULOC (Bernard)

« Complicité et relaxe de l'auteur », *RSC*, 2003, p. 553

CANEPA (Giacomo)

« Vers une criminologie nouvelle fondée sur le développement des valeurs et de la responsabilité civique », *RSC*, 1981, p. 590

CARBONNIER (Jean)

« Du sens de la répression applicable aux complices », *JCP G*, 1952, I, 1034

« Le silence et la gloire », *D*, 1951.119

CHAVANNE (Albert)

« Les infractions de mise en danger », *RIDP*, 1969, p. 128

CONTE (Philippe)

Préface à la thèse de Madame Julia POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, PUAM, 2003

« Non bis in idem : bref exercice d'exégèse d'où il résulte que le droit n'est pas la physique », *DP*, 2020, n°10

DARSONVILLE (Audrey)

« Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », *APC*, Pédone, 2012, n° 34

« Les sanctions pénales », *Le principe de nécessité en droit pénal*, dir. Olivier CAHN et Karine PARROT, Lextenso, 2013

« L'élaboration de la loi pénale sous l'influence des citoyens », *Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, pp. 147 et s.

« Les habitudes politiques du législateur », *Les habitudes du droit*, dir. Nicolas DISSAUX et Youssef GUENZOU, Dalloz, 2015

« La pertinence des valeurs sociales protégées », *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Dalloz, 2020

DEFFERRARD (Fabrice)

« La provocation », *RSC*, 2002, pp. 233 et s

DE LAMY (Bertrand)

« La culpabilité du complice est autonome ou les méandres de la criminalité d'emprunt », *D*, 2004.310

DELCROS (Bertrand) et FRANCILLON (Jacques)

« Communication audiovisuelle », *JCl. Pénal Annexes*, fasc. 2

DOUCET (Jean-Paul)

« Les familles d'infractions », *RDPC*, 1975, p. 769

DREYER (Emmanuel)

« La subsidiarité du droit pénal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, pp. 247 et s.

DUCOMTE (Marcel-Charles)

« Au sujet de la provocation par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication à commettre des crimes ou des délits », *Gaz. Pal.*, 1989, p. 255

DUPEYRON (Christian)

« L'infraction collective », *RSC*, 1973, n° 2, pp. 357 à 391

GARÇON (Évelyne)

« Complicité du délit d'exportation illicite de stupéfiants et fait principal punissable », *D*, 2003.2661

GASSIN (Raymond)

« Les relations entre la prévention situationnelle et le contrôle de la criminalité », *RICPTS*, 1996, pp. 259 et s.

GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève)

« Punir dans une société démocratique ou Le devoir d'espérance de l'État », *Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 194

LARGUIER (Jean)

« Ce que les praticiens appellent la pratique (précédé de quelques propos théoriques) », *Mélanges offerts à Raymond Gassin : sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 276

LAZERGES (Christine)

« A propos des fonctions du nouveau Code pénal », *Archives de politique criminelle*, p. 9

« Les problèmes actuels de la politique criminelle », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, vol. V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992

« La participation criminelle », *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Pédone, 1995

« Le principe de la légalité des délits et des peines », *Droits et libertés fondamentaux*, 3e éd., Dalloz, 1996

LEPAGE (Agathe)

« Apologie de crimes de guerre : Conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme ; qualification et interprétation », *RSC*, 2005, p. 588

« Pour une repénalisation de la provocation à l'interruption de grossesse », *JCP G*, 2007, II, 100046

« Refus d'insertion d'une réponse et compétence juridictionnelle », *CCE*, Avril 2007, n° 62

« Suicide et droit pénal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012

« Réflexion sur quelques incriminations dédoublées », *Faut-il régénéraliser le droit pénal ?*, LGDJ, 2015

« Entre code pénal et loi du 29 juillet 1881, la protection pénale de l'honneur », *Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint : Mélanges en l'honneur du professeur Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, pp. 399 à 412

« Refus de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'article L.3421-4 du Code de la santé publique », *CCE*, Juillet 2020, n° 57

Art. 223-13 à 223-15, *JCl. Communication*, fasc. 54, n° 14

LEVASSEUR (George)

« Aspects juridiques de la prévention de l'homicide volontaire », *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, t. I, Cujas, 1957, p. 45

« L'imputabilité des infractions en droit français », *RDPC*, 1968-1969, p. 392, n° 6

MALABAT (Valérie) et SAINT-PAU (Jean-Christophe)

« Le droit pénal malade du sang contaminé », *DP*, 2004, n° 2

MALABAT (Valérie)

« Les infractions inutiles, plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 71

MALGLAIVE (Gérard)

« Théorie et pratique », *RFP*, 1982, p. 22

MAYAUD (Yves)

« Ratio legis et incrimination », *RSC*, 1983, p. 597

« La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, 1993, pp. 203 et s.

« De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de la publicité », *RSC*, 1998, p. 104

« Quel élément moral pour l'empoisonnement ? », *RSC*, 2003, p. 781

MÉMETEAU (Gérard)

« L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur », *JCP G*, 1976, I, 2781

MERCADAL (Barthélemy)

« Recherches sur l'intention en droit pénal », *RSC*, 1967, p. 3, n° 1

MERLE (Roger)

« L'évolution du droit pénal contemporain », *D*, 1977.I.306

« André Gide et le droit de punir », *Discours prononcé à la rentrée solennelle de la conférence des avocats stagiaires*, 8 décembre 1946

« Comment devient-on criminel », *La plume et la parole : mélanges offerts à Roger Merle*, Cujas, 1993

PARIZOT (Raphaële)

« Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *Politique(s) criminelle(s) : Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014

PERRIER (Jean-Baptiste)

« Gravité et dangerosité », *Gravité et droit pénal*, Mare & Martin, 2021

PINATEL (Jean)

« La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme », *L'évolution du droit criminel contemporain. Recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton*, PUF, 1968

PONSEILLE (Anne)

« La faute caractérisée en droit pénal », *RSC*, 2003, p. 79

PROTHAIS (Alain)

« Sang contaminé – Justice malade – Droit pénal avili », *D*, 2005.195

PUECH (Marc)

« La fin de la faute ? Scolies sur la faute », *Droits – Revue française de la théorie juridique*, n° 5, PUF, 1987

REBUT (Didier)

« Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », *D*, 2004.162

RENUCCI (Jean-François)

« Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79

ROUX (Jean-André)

« À propos de la lutte contre la criminalité », *RIDP*, 1949, p. 21

SALVAGE (Philippe)

« Complicité », *JCl. Pénal Code*, art. 121-6 et 121-7, 1998, n° 64

SAVEY-CASARD (Paul)

« La réglementation de la complicité dans la partie spéciale du Code pénal de 1810 », *RSC*, 1970, p. 550

SILZ (Édouard)

« Auteur intellectuel et auteur moral », *RIDP*, 1936, p. 140

SOUDET (Pierre)

« Nécessités et limites du contrôle cinématographique », *EDCE*, 1978-1979, n° 30, p. 57

SPITERI (Pierre)

« L'infraction formelle », *RSC*, 1966, p. 497

TARDE (Gabriel)

« Foules et sectes au point de vue criminel », *Revue des deux mondes*, 15 novembre 1893, pp. 349 à 387

VERRET (Michel)

« La place de la recherche dans la formation des enseignants », *Recherche et formation, Le journal de classe*, 1991, p. 36

WALTHER (Julien)

« L'illicéité et les valeurs sociales protégées », *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Dalloz, 2020, p. 17

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

– A –

Adminicules : 36 et s.

Apologie : 18.

Auteur moral : 124 et s. ; 159.

Auteur matériel : 114 ; 127 ; 129 ; 155 ; 159.

– C –

Complicité par provocation : 114 et s.

Concours de qualifications : 133 et s.

Corruption : 21.

Criminologie : 5 ; 154 et s.

– D –

Discrimination raciale et sexiste : 52 ; 62 et s. ; 95 ; 142 et s. ; 182.

Dol aggravé : 61 et s.

Dol général : 56 et s.

Dol spécial : 58 et s.

– E –

Effet : v. *Résultat*.

État dangereux : v. *Criminologie*.

Excitation : 20.

– F –

Favorisation : 20.

Finalité préventive : 170 et s.

Finalité rétributive : 152 et s.

Fonctions de l'infraction : 150 et s.

– G –

Génocide : 5 ; 31 ; 45 ; 73 ; 103 ; 146 ; 163 ; 166.

– H –

Haine raciale et sexiste : 52 ; 62 et s. ; 95 ; 142 et s. ; 182.

– I –

Incitateur : v. *Provocateur*.

Incitation : 23.

Individualisation de la peine : 126 et s. ; 166.

Inflation législative : 132 et s. ; 190.

Infraction de faire-faire : 29.

Infractions de presse : 141 et s.

Infraction de prévention : 170 et s.

Infraction formelle : 83 et s. ; 177 ; 189.

Infraction matérielle : 80 et s.

Instigateur : v. *Provocateur*.

Instigation : 24.

Iter criminis : 77 ; 79 ; 81 ; 83.

Interruption de grossesse : 174.

– L –

Liberté d'expression : 4 ; 78 ; 81 ; 89 ; 141.

Loi du 29 juillet 1881 : 18 ; 45 et s. ; 59 ; 65 ; 73 et s. ; 80 ; 89 ; 129 ; 134 ; 137 et s. ; 141 et s.

Manoeuvres : 35 et s. ; 39 et s.

Militaires : 8 ; 32 ; 41 ; 62 ; 65 ; 73 ; 77 ; 90.

Mineurs : 83 ; 90 ; 134 ; 148 ; 167 ; 178.

Moyens de provocation : 36 et s.

– P –

Participation criminelle : 112 et s. ; 125 et s.

Présomption d'intention : 65 et s.

Propagande : 19.

Provocateur :

- dangerosité : 5 ; 154 et s.
- intention : 56 et s.
- participation criminelle : 124 et s. ; 159.
- sanction pénale : 166 et s.

Provocation :

- à un acte licite : 92 et s.
- circonstanciée : 36 et s.
- définition : 3.
- directe : 72 et s.
- duale : 97 et s.
- historique : 4.
- incrimination unique : 124.
- indirecte : 76 et s.
- innommée : 27 et s.
- moyens : 36 et s.
- nommée : 30 et s.
- non circonstanciée : 40 et s.
- non suivie d'effet : 83 et s.
- notions voisines : 18 et s.
- publique : 45 et s.
- suivie d'effet : 80 et s.
- synonymes : 22 et s.

Publicité (forme de communication) : 19

Publicité (circonstance) : 44

- publication : 48 et s.
- support : 46 et s.

– R –

Résultat :

- dualité : 97 et s.
- effectivité : 79 et s.
- illicite : 88 et s.
- licite : 92 et s.
- notion : 69.

– S –

Stupéfiants : 73 ; 77 ; 83 ; 104 ; 134 et s.

Suicide : 19 ; 31 ; 53 ; 73 ; 80 ; 93 ; 95 ; 119 ; 174 ; 184.

– T –

Terrorisme : 18 ; 53 ; 61 ; 74 ; 146 ; 148 ; 164.

– V –

Valeurs sociales protégées : 92 et s. ; 172 et s.

Violence raciale et sexiste : 52 ; 62 et s. ; 95 ; 142 et s. ; 182.

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	V
Principales abréviations	VI
Remerciements	IX
Introduction	1

Première partie

L'essence des infractions de provocation

Titre 1.	Les contours de la provocation	12
Chapitre 1.	L'acte provocant, comportement polymorphe	13
Section 1.	La polymorphie des qualifications	13
§1.	L'appellation de la provocation	13
A.	Les synonymes inexacts	14
1°	La divergence dans l'objectif	14
2°	La divergence dans l'influence	16
B.	Les synonymes exacts	17
§2.	L'explicitation de la provocation	18
A.	Les provocations innommées	18
1°	La provocation imprécisée	18
2°	La provocation dissimulée	19
B.	Les provocations nommées	19
Section 2.	La polymorphie des circonstances	20
§1.	La matérialité de la provocation	21
A.	Les provocations par un moyen déterminé	21
1°	Les moyens persuasifs	21
2°	Les moyens coercitifs	22
B.	Les provocations par tout moyen	23
§2.	La publicité de la provocation	24
A.	Les provocations publiques	25
1°	Le support de la provocation	25
2°	La publication de la provocation	26
B.	Les provocations non publiques	27
Chapitre 2.	L'acte provocant, comportement intentionnel	29
Section 1.	La subjectivité de l'intention	29
§1.	Le dol spécial du provocateur	30
§2.	Le dol aggravé du provocateur	31
Section 2.	L'objectivation de l'intention	33
§1.	Le dol déduit du provocateur	33
§2.	Le dol indifférent du provocateur	34

Titre 2.	Le résultat de la provocation	38
Chapitre 1.	L'acte provoqué, résultat contingent	39
Section 1.	La prévisibilité du résultat	39
§1.	Les provocations directes	39
§2.	Les provocations indirectes	41
Section 2.	L'effectivité du résultat	43
§1.	Les provocations suivies d'effet	44
§2.	Les provocations non suivies d'effet	45
Chapitre 2.	L'acte provoqué, résultat qualifiant	47
Section 1.	L'illicéité du résultat	47
§1.	Les provocations à un acte illicite	47
§2.	Les provocations à un acte licite	49
Section 2.	La dualité du résultat	51
§1.	Les provocations duales explicites	53
§2.	Les provocations duales implicites	53

Seconde partie

Le sens des infractions de provocation

Titre 1.	L'autonomie de la pénalisation	60
Chapitre 1.	L'insuffisance du droit général, conjoncture catalysante	61
Section 1.	Les lacunes de la complicité	62
§1.	Les fondements de la complicité	62
§2.	Les échecs de la complicité	64
Section 2.	Le choix d'incriminations autonomes	65
§1.	Le rejet d'une incrimination unique	65
§2.	La consécration d'incriminations multiples	67
Chapitre 2.	L'hypertrophie du droit spécial, conjoncture défailante	69
Section 1.	La pluralité de qualifications	69
§1.	Les conflits entre modes de répression	70
§2.	Les conflits entre incriminations	71
Section 2.	La pluralité de natures	72
§1.	Les infractions de presse	73
§2.	Les infractions de droit commun	75

Titre 2.	La légitimité de la pénalisation	80
Chapitre 1.	L'incrimination rétributive, finalité apparente	81
Section 1.	L'appréhension idoine du provocateur	81
§1.	La situation criminologique	81
§2.	La situation juridique	83
Section 2.	La sanction idoine du provocateur	84
§1.	L'extension de la répression	85
§2.	L'aggravation de la répression	87
Chapitre 2.	L'incrimination préventive, finalité subjacente	89
Section 1.	La prévention par la protection	89
§1.	Les objets de la protection	90
§2.	Les moyens de la protection	91
Section 2.	La prévention par l'éducation	92
§1.	L'éducation à la loi pénale	92
§2.	L'éducation à la vie sociale	93
Conclusion		98
Bibliographie		101
Index alphabétique		115
Table des matières		117

Lors de la révision du Code pénal de 1992, les parlementaires ont tenu à conserver une appréhension binaire de la participation criminelle qui distingue l'auteur du complice. Refusant de reconnaître la figure de l'instigateur, le droit pénal français a maintenu une répression de la provocation par le truchement de la complicité du droit pénal général. Face aux lacunes inhérentes à ce système pour se saisir des comportements provocants, le législateur a néanmoins initié une répression parallèle, sur le fondement d'incriminations autonomes. Ces infractions dites de provocation connaissent depuis une vingtaine d'années un essor considérable. Ce corpus présente aujourd'hui une diversité et un éclatement qui questionne l'opportunité de cette voie de pénalisation. Alors que les agissements incriminés sont particulièrement polymorphes, l'intention du provocateur et la causalité entre l'acte provocant et l'acte provoqué sont une source constante de subjectivité. Ces infractions, justifiées par un besoin d'autonomie de la répression vis-à-vis du droit commun, ont par la suite trouvé un sens dans leurs finalités spécifiques. En permettant de réintroduire de la cohérence du point de vue rétributif, elles ont de surcroît développé un arsenal préventif. À ce titre, elles apparaissent comme des infractions de prévention qui s'inscrivent dans une logique contemporaine du droit pénal. Les infractions de provocation témoignent alors à la fois d'un changement de paradigme dans la répression et d'une pénalisation accrue des comportements à risque.



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS