



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales

**Dirigé par Messieurs
Philippe CONTE et Didier REBUT**

2022

La provocation au terrorisme

Baptiste Pitré

Sous la direction du Professeur Philippe CONTE

Master 2 Droit pénal et sciences pénales

Université Paris II. Panthéon-Assas



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

La provocation au terrorisme

Présenté par

Baptiste Pitré

Sous la direction de

Monsieur le Professeur Philippe Conte

2021-2022

REMERCIEMENTS

Le présent travail de recherche m'offre l'occasion de dire ma gratitude immense au corps enseignant de la Faculté de Droit de l'Université Bretagne Sud, et plus avant à Mesdames Laurence Guyon et Adra Zouhal, sans qui je n'aurais pas emprunté le chemin du droit pénal.

Mes remerciements s'adressent particulièrement à Monsieur le Professeur Philippe Conte. Son regard sur la matière pénale et sur les tendances qui parcourent notre système juridique demeurera unique.

Je remercie encore Héléna, Hélène et Arthur.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PARTIE I. LA REPRESSION PENALE DU PROVOCATEUR.....	14
CHAPITRE I. LA PROVOCATION AU TERRORISME APPREHENDEE PAR LA THEORIE CLASSIQUE DE L'INFRACTION.....	15
Section 1. Le provocateur, complice de l'acte de terrorisme réalisé.....	16
Section 2. Le provocateur, auteur moral appréhendé par une infraction autonome	24
CHAPITRE II. LA PROVOCATION AU TERRORISME SEPARÉE DES DELITS D'OPINION	38
Section 1. Un transfert au Code pénal motivé par des considérations répressives	39
Section 2. Un transfert au Code pénal lacunaire sur le plan théorique	46
PARTIE II. LA REPRESSION PENALE DE L'APOLOGISTE.....	57
CHAPITRE I. L'APOLOGISTE DESIGNÉ EN PROVOCATEUR INDIRECT	59
Section 1. L'apologie, une indésirable parmi les infractions terroristes	60
Section 2. L'apologie, une indésirable parmi les procédures antiterroristes	69
CHAPITRE II. L'APOLOGISTE DANS LE DEBAT PUBLIC.....	80
Section 1. Des contours redéfinis de la publicité du propos apologétique.....	81
Section 2. Des contours protéiformes de la parole apologétique	84
Section 3. Des contours lâches de la conscience apologétique	94
BIBLIOGRAPHIE.....	100
TABLE DES MATIERES	110

À mes parents,

INTRODUCTION

« Comme tu tiens à ta pureté, mon petit gars ! Comme tu as peur de te salir les mains. Eh bien, reste pur ! À quoi cela servirait-il et pourquoi viens-tu parmi nous ? La pureté, c'est une idée de fakir et de moine. Vous autres, les intellectuels, les anarchistes bourgeois, vous en tirez prétexte pour ne rien faire. Ne rien faire, rester immobile, serrer les coudes contre le corps, porter des gants. Moi j'ai les mains sales. Jusqu'aux coudes. Je les ai plongées dans la merde et dans le sang. Et puis après ? Est-ce que tu t'imagines qu'on peut gouverner innocemment ? »¹. Hugo plus tard, se salira bel et bien les mains du sang d'Hoederer, qui le raille ici pour son immobilisme.

Dans *Les mains sales*, Jean-Paul Sartre esquisse les contours d'un esprit complexe, celui d'Hugo, rédacteur du journal du Parti prolétarien que la « pureté » des idées mène à la contestation de son chef charismatique : Hoederer, qui s'est sali en transigeant avec les Libéraux. Il a pour mission de le tuer. Un véritable rapport de forces oppose l'enfant bourgeois Hugo, qui n'accepte aucune compromission dans l'idéologie et qui n'a de cesse de palabrer sur une hypothétique action, sans en être capable ; et Hoederer, fort lui de sa capacité à agir et à répondre ensuite de ses actes en tant que chef. L'un agit, l'autre parle. L'un existe, l'autre non. Les mots sont interrogés par le philosophe sur ce qu'ils peuvent dire de celui qui les dit. Ceux, mêmes les plus « sales », prononcés par Hugo au cours de la pièce, n'ont que très peu d'emprise sur le réel et son évolution : ni sa femme Jessica ni sa victime ne verront en Hugo un assassin. Pourtant à la première, il assène à plusieurs reprises qu'il ne joue pas, ou plutôt qu'il ne joue plus : lui-même s'interroge sur la réalité de son existence et se demande s'il ne vit pas « dans un décor »². Surtout au second, il rétorque sans hésiter « on s'apercevra peut-être un jour que je n'ai pas peur du sang »³. Les mots sont pour Hugo, présenté classiquement comme une figure de l'existentialisme sartrien, un moyen de se persuader qu'il vit, qu'il est pur, qu'il est capable, qu'il tuera. Jamais il ne convaincra, pas plus qu'il ne s'en convaincra. A plusieurs reprises dans la pièce, et comme dans notre citation, Hoederer lui fait d'ailleurs remarquer que ses idées, traduites par ses paroles, n'équivaudront jamais à des actes.

¹ J-P. SARTRE, *Les mains sales*, Gallimard, 2003, p. 198.

² G. MAINCHAIN, *Sartre ou la théâtralité du passage à l'acte*, Cités, vol. 22, no. 2, 2005, pp. 121-136.

³ J-P. SARTRE, *op. cit.*, p. 198.

Imaginer l'idéal, puis parler, c'est rester « immobile ». Hugo en vient à assassiner Hoederer de trois coups de feu, mais son passage à l'acte est à mettre sur le compte de la réaction (voyant Jessica dans les bras d'Hoederer, il trouve enfin un prétexte pour tirer, après avoir repoussé l'échéance plusieurs scènes durant), et *in fine*, selon ses propres mots, du « hasard »⁴. La parole a-t-elle autant d'impact sur le réel qu'un acte ? Celui qui se contente de dire existe-t-il autant que celui qui agit ? Jean-Paul Sartre trouve dans les protagonistes cités matière à interroger toute la complexité de l'âme humaine, même lorsque comme celle d'Hugo, elle est « pure » et cherche à pouvoir être définie simplement. L'appréhension par le droit criminel des paroles provocantes en matière terroriste a peut-être effacé l'idée que le mot ne peut aisément être considéré comme un acte, même lorsqu'il participe d'une entreprise idéologique.

Tout insuffisante qu'elle serait à déterminer avec certitude les futures actions de celui qui la prononce, la parole a plusieurs sens qui en déterminent l'existence concrète. D'abord, en ce qu'elle peut être l'expression d'une pensée, d'un sentiment, elle est un élément d'appréciation de l'état d'esprit de celui qui la prononce. Ensuite, en ce qu'elle se définit aussi comme la « faculté, propre à l'homme, d'user du langage (...) pour communiquer avec autrui »⁵, la parole a cela de concret qu'elle peut être entendue par un autrui. La parole peut alors revêtir d'autres acceptions lorsqu'elle quitte le seul esprit de celui qui la dit, pour en atteindre d'autres, et provoquer chez eux des réactions. La provocation est l'action de provoquer, verbe transitif emprunté au latin *provocare*, qui signifie à la fois faire naître quelque chose (en être la cause), et appeler quelqu'un dehors (lui demander de venir). Ainsi la provocation revêt principalement deux sens, nous nous départirons rapidement de l'un d'eux. Elle s'entend d'abord du fait de provoquer la survenance d'un événement, en d'autres termes, d'en être volontairement ou non la cause⁶. Provoquer, c'est ainsi « causer, avec un nom de chose pour sujet »⁷. Une incrimination de provocation ne peut s'étudier à l'aune de cette première acception du terme, puisque le droit criminel prétend par définition punir tous les comportements qui auront provoqué des effets qui attentent aux valeurs sociales, des résultats infractionnels identifiés. Pour le dire autrement, lorsque le coup de couteau provoque la mort, et qu'il se conjugue avec un *animus necandi*, il y a meurtre, l'article 221-1 du Code pénal n'incrimine pas pour autant une provocation. Nous nous accommoderons plutôt de la seconde acception de la notion de provocation, qui permet notamment de la ramener à un effet potentiel de l'interaction entre deux individus, laquelle interaction peut procéder de la parole. La provocation est en ce second sens le fait de provoquer quelqu'un, un autrui, de l' « inciter (...) à une action ou à une

⁴ *Ibid.* p. 234.

⁵ Les dictionnaires de l'Académie Française, CNRTL, 9^e éd., v. « Parole ».

⁶ LAROUSSE, *Dictionnaire*, 2022, v. « Provoquer ».

⁷ E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874, v. « Provoquer ».

réaction donnée, par une forme de défi ou par bravade »⁸. C'est de ce comportement provocateur, qu'elle ne définit pas, que la loi pénale se saisit à travers les nombreuses incriminations de provocation qu'elle prévoit. La provocation au terrorisme participe de cette catégorie générique⁹, l'entreprise de délimitation de ses contours appelle d'abord que soient cernées ses deux composantes. L'agissement est le comportement provocateur. Son objet est le terrorisme.

La provocation est saisie par le droit criminel en tant qu'un agissement infractionnel par le truchement de la complicité et surtout d'un ensemble très nombreux d'incriminations dont on peut dire qu'elles sont « autonomes » (en ce sens qu'y est puni *per se* le comportement du provocateur). Il n'y a pas lieu d'en dresser ici la liste, mais de préciser que le législateur ne donne nulle part, dans le Code pénal ou dans les autres législations qui renferment des incriminations de provocation, une définition de ce qu'il entend de la notion. La proposition définitionnelle peut alors venir de l'auteur, et la mieux à même selon nous de systématiser toutes ces occurrences de provocation en droit pénal est celle de Monsieur Defferrard, lequel voit dans la provocation « l'action intentionnelle par laquelle une personne, par tout moyen légalement admis, entend influencer la raison d'autrui en vue d'y établir les conditions les plus favorables à la commission d'un agissement attentatoire à une valeur protégée »¹⁰. La notion retenue – celle de provocation – est la même pour toutes ces infractions, les comportements réprimés concernent des matières et domaines très divers, mais ont cela de commun qu'ils consistent dans l'exercice par l'agent d'une influence sur un autrui soit pour qu'il commette une infraction, soit plus largement pour qu'il se comporte de telle manière à attenter aux valeurs sociales protégées¹¹.

Aussi, certains textes punissent en droit pénal le comportement du provocateur sans employer la notion même de provocation, mais en y préférant des termes dont on peut dire qu'ils lui sont ressemblants, voire semblables dans leur utilisation. Il en est ainsi de l'instigation, définie par les Professeurs Merle et Vitu comme le comportement de l'agent « qui, sans participer physiquement à l'infraction, a suggéré à l'auteur matériel de la commettre »¹². L'étude du rôle de l'instigateur s'inscrit dans celle de l'élément matériel de la complicité, puisque celle-ci se définit à l'article 121-7 du Code pénal selon deux modes différents de participation : l'on est complice par aide ou assistance¹³ ; par provocation ou fourniture de moyens¹⁴. Ce second mode de complicité

⁸ Les dictionnaires de l'Académie Française, CNRTL, 9^{ème} ed., v. « Provoquer ».

⁹ F. DEFFERRARD, *La provocation*, RSC 2002. 233.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Notamment à sa propre vie, ainsi de la provocation au suicide (art. 223-13, C. pén.)

¹² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 690.

¹³ Art. 121-7, al. 1^{er}, C. pén.

¹⁴ Art. 121-7, al. 2, C. pén.

trouve alors une qualification doctrinale classique : la complicité par instigation. L'instigation doit donc son ensemble être considérée par quiconque étudie les occurrences de punition de la provocation en droit criminel, puisque la provocation en est une composante, une modalité, et parce qu'il ressort des situations de complicité par fourniture d'instructions que « lorsqu'elles ne sont pas réduites à une fourniture de moyens, les instructions correspondent souvent à une provocation en forme simplifiée »¹⁵. L'instigation est, avec l'incitation (notion préférée à la provocation dans la rédaction de certains textes d'incrimination¹⁶ mais qu'il ne s'agit pas de différencier de celle-ci en ce que leurs significations se recoupent dans plusieurs textes), la seule notion qui peut être assimilée dans l'étude de la répression pénale des comportements provocateurs. La provocation au terrorisme contemporanément entendue nous amènera à reconsidérer ce propos. Son objet, le terrorisme, doit d'abord appeler quelques observations.

Il n'est pas de définition juridique établie pour le terrorisme. Pourtant, le terrorisme en tant que phénomène n'est pas neuf¹⁷, il n'est pas né des attentats newyorkais du 11 septembre 2001, qui ne peuvent être considérés que comme un tournant dans son appréhension par l'Etat. Par toutes les formes qu'il a adoptées, le terrorisme a pu correspondre à différentes réalités, qui rendent malaisée sa définition et ambitieuse l'idée même d'une systématisation. On trouvera néanmoins une juste hauteur de vue chez Faustin Hélie, lui disait que « dans tous les temps et chez toutes les nations, les attentats contre la constitution du pays et contre la personne du prince ont figuré au premier rang des crimes. Ils ébranlent l'ordre social dans ses fondements ; [...] ; même quand ils avortent, leur seul retentissement alarme et trouble encore la société. Ils forment donc une sorte d'exception au milieu des crimes ordinaires, et par les objets qu'ils attaquent, et par les périls qu'ils entraînent »¹⁸. C'est par le trouble spécifique qu'ils créent que se réunissent les comportements sous le terme générique de « terrorisme ». Le terme dérive de la « Terreur », qui peut s'entendre d'une forme de Gouvernement par la terreur après la Révolution française, celle mise à l'ordre du jour de la Convention le 5 septembre 1793 qui avalise les débordements déjà entrepris depuis 1789 par les plus radicaux dans la rue¹⁹. Ce Gouvernement révolutionnaire dit « terroriste » le sera dans l'Etat, matant les oppositions (l'écrasement de la Vendée royaliste prend la forme d'une guerre civile, avec

¹⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, Manuels, 2019, p. 850.

¹⁶ Il en est ainsi de l'incitation à la fraude à la Sécurité sociale, l'alinéa premier de l'article L.114-18 du Code de la sécurité sociale dispose : « Toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, incite les assujettis à refuser de se conformer aux prescriptions de la législation de sécurité sociale, et notamment de s'affilier à un organisme de sécurité sociale ou de payer les cotisations et contributions dues, est punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement ».

¹⁷ Pour une approche historique des différentes formes de terrorisme et de l'évolution de la réponse de l'Etat et de son droit criminel : H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes, Histoire et droit*, CNRS, 2010.

¹⁸ F. HELIE, *Théorie du code pénal*, t. II : 5^e éd., 1872, chap. XV II, p. 66, préc., p. 80.

¹⁹ F. FURET, « Terreur », in François Furet, Mona Ozouf (éd.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 156-170.

une armée vendéenne encadrée par la noblesse de l’Ancien Régime), et hors l’Etat (contre les Princes d’Europe, l’armée révolutionnaire réorganisée a interdiction de reculer). C’est surtout cet aspect intérieur à l’Etat que traduit la définition que le langage commun attribue au terrorisme, il est en ce sens l’ « ensemble des actes de violence qu’une organisation politique exécute dans le but de désorganiser la société existante et de créer un climat d’insécurité tel que la prise du pouvoir soit possible »²⁰. C’est ce second versant de la notion de terrorisme qui est utilisé par l’Etat pour définir les comportements susceptibles de mettre à mal son équilibre intérieur, sa sûreté, et édifier une catégorie criminelle spécifique. L’Etat identifie des adversaires à sa pérennité et à la sauvegarde de son ordre public, c’est un aspect de l’utilisation de la notion de « terrorisme » dans le discours juridique, le Professeur Dubuisson la juge alors trop souple. La notion ainsi comprise est selon lui vouée à se muer en « un outil de légitimation/dé légitimation assez facile à utiliser, dans le cadre de leurs politiques internationale ou intérieure »²¹. Ainsi entendu, le terrorisme pourrait même trouver à être perçu comme une considération sociale²², et un concept politique²³ avant d’être défini juridiquement.

A défaut de pouvoir le circonscrire précisément, le terrorisme en tant qu’objet de la provocation doit être défini négativement avant d’être réduit, par une approche positiviste, à ce que la loi pénale dit de lui.

Le terrorisme n’est pas une criminalité politique. Les infractions politiques se distinguent de celles de droit commun en ce qu’elles ont un objet politique, elles touchent l’Etat plus directement que ces dernières car leur résultat atteint son organisation, son existence même. Une conception plus subjective fait du délinquant ordinaire animé d’un mobile politique un délinquant politique. Selon les époques, le droit criminel a pu faire primer l’une autre ou l’autre des conceptions et traiter le délinquant politique tantôt de manière favorable ou sévère (de la rigueur exceptionnelle de l’Ancien régime à l’indulgence héritée de la monarchie de Juillet de 1830 qui perdurera jusqu’à la fin du XIXème siècle, le délinquant politique n’a pas toujours été logé à la même enseigne). La catégorie tombe en désuétude depuis le XXème siècle, vidée de sa substance car prime désormais l’idée que la fin même politique ne justifie pas certains moyens les plus violents. Nous laissons aux philosophes le soin de s’interroger sur cette considération²⁴, pour dire ici qu’il est en effet plus raisonnable de ne pas donner trop de crédit aux moyens infractionnels de porter sa cause. L’Etat

²⁰ Le Trésor de la Langue Française informatisé, CNRTL, v. « Terrorisme ».

²¹ F. DUBUISSON, *La définition du « terrorisme : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique*, Confluences Méditerranée, vol. 102, no. 3, 2017, pp. 29-45.

²² D. DUEZ, *De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale*, in K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt, *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2012, pp. 45 et s.

²³ R. THERY, *Peut-on punir le terrorisme ?*, Rue Descartes, vol. 93, no. 1, 2018, pp. 72-84.

²⁴ R. ARONSON, *Sartre contre Camus : le conflit jamais résolu*, Cités, vol. 22, no. 2, 2005, pp. 53-65.

ne pourrait s'en satisfaire sauf à admettre le déséquilibre. Le tournant est à dater de l'affaire dite *Gorguloff*, du nom de celui qui fut condamné à mort pour avoir assassiné le président de la République Paul Doumer. Le bénéfice de l'article 5 de la Constitution de 1948, qui abolissait la peine de mort en matière politique, lui fut refusé en ce qu'il ne pouvait « profiter qu'aux crimes exclusivement politiques et non à l'assassinat, qui est un crime de droit commun et conserve ce caractère alors même qu'il a été commis sur la personne du président de la République »²⁵. Ne sont donc plus des infractions politiques les « crimes et délits dits *complexes* (c'est-à-dire de droit commun, mais inspirés d'un mobile politique) »²⁶, or c'est précisément la structure première du terrorisme au Code pénal.

La provocation au terrorisme s'entendra dans les présents travaux de l'appréhension par le droit pénal des comportements provoquant au terrorisme, c'est-à-dire aux agissements que la loi qualifie de terroristes. En réaction à une vague d'actes de terrorisme au cours de l'année 1985 et de l'année 1986, est adoptée la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme. Mise de côté l'idée de consacrer une incrimination spécifique de terrorisme²⁷, il s'agit par-là de qualifier d'« actes de terrorisme » et d'ainsi astreindre à une procédure dérogatoire, prévue par l'article 706-16 du Code de procédure pénale et les suivants, une série d'infractions de droit commun que ce premier article dit « en relation avec une entreprise ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». La réforme du Code pénal, entrée en vigueur en 1994²⁸, regroupe ces actes (dont la définition n'évolua pas en dépit du fait que la liste appelait déjà quelques critiques²⁹) commis dans le même contexte dans un article 421-1 du Code pénal, lequel inaugure, au sein du Livre IV « Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique », un Titre deuxième ainsi intitulé : « Du terrorisme », il est le premier des « actes de terrorisme » qui en composent le premier Chapitre. Nous aurons à revenir sur les classifications opérées quant à ces nombreux actes de terrorisme, ces premiers actes de l'article 421-1 du Code pénal sont donc des comportements infractionnels de droit commun qualifiés de terroristes lorsque commis dans un contexte particulier, mais cette logique de référence au contexte n'est pas légion dans la catégorie des actes de terrorisme. Et pour cause, depuis vingt-cinq années, les interventions législatives contre le terrorisme, qu'il est convenu d'appeler lois antiterroristes, sont nombreuses³⁰,

²⁵ Cass. crim. 20 août 1932, *Bull. crim.* n°207.

²⁶ J. LARGUIER, *Le droit pénal*, PUF, Que sais-je ?, 2005, p. 51-55.

²⁷ Les difficultés ressortent évidemment de l'impossibilité de définir exactement le terrorisme, mais encore de la difficulté de mettre en œuvre une coopération internationale notamment par l'extradition en cas de définition propre à la France (Ch. ANDRE, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Dalloz, Cours, 2021, p. 399-400).

²⁸ Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal.

²⁹ M-E. CARTIER, *Le terrorisme dans le nouveau code pénal*, RSC., p. 255.

³⁰ V. not., L. 22 juill. 1996, L. 15 nov. 2001, L. 9 sept. 2002, L. 18 mars 2003, L. 23 janv. 2006, L. 21 déc. 2012, L. 13 nov. 2014, L. 24 juill. 2015, L. 3 juin 2016, L. 30 oct. 2017, L. 10 août 2020, L. 24 août 2021.

et plusieurs d'entre elles ont assorti le Chapitre précité de nouvelles incriminations. Il faut reconnaître que « certaines familles d'infractions ont un pouvoir d'attraction par le souci du législateur d'assurer la répression la plus complète d'une criminalité aussi dangereuse que difficile à définir »³¹, et que la criminalité terroriste en est le premier exemple. Les infractions créées ont un rapport plus ténu avec l'idée première que tout un chacun se fait du terrorisme. Ainsi du délit de financement des actes de terrorisme³², créé par la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, de celui encore de non-justification de ressources par une personne se trouvant en relation avec une ou plusieurs personnes se livrant à un ou plusieurs actes de terrorisme³³, créé par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003. Le contexte terroriste ayant nettement évolué durant les années 2014 et 2015, l'inflation législative est allée de plus belle en la matière.

La force d'attraction est telle de la catégorie des actes de terrorisme qu'elle a même pu attirer des incriminations en son sein qui relevaient, jadis, de lois dites spéciales. Il en est ainsi de la provocation au terrorisme, et de son apologie. La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, par son article 5, a concrétisé en la matière une opération de déspecialisation, et un transfert. L'œuvre de déspecialisation tient à ce qu'en tant qu'infractions d'expression publique, les délits de provocation directe à des actes de terrorisme et d'apologie de ces mêmes actes constituaient jadis des délits de presse, prévus et réprimés par l'historique loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, en ses articles 23 et 24. Le premier, punissant la provocation directe suivie d'effet à des crimes et délits, n'a pas fait l'objet du moindre aménagement (de sorte qu'en matière terroriste, il fait aujourd'hui « doublon »), le second a été vidé d'une partie de sa substance puisque la provocation directe non suivie d'effet et l'apologie des actes de terrorisme composaient l'un de ses alinéas. Au moyen d'une procédure législative accélérée, un transfert a donc eu lieu de la loi spéciale protectrice vers un nouvel article 421-2-5 du Code pénal³⁴, moyennant élargissement des incriminations : la provocation directe n'a plus à être publique, l'apologie des actes de terrorisme demeure publique, toutes deux ne trouvent plus dans leur définition quelconque référence aux moyens de les réaliser. Leur étude constitue un prisme de

³¹ B. DE LAMY, *Des actes aux paroles ; des paroles aux actes (à propos des délits d'apologie et de provocation terroristes)*, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Dalloz, 2016, p. 461 et s.

³² Art. 421-2-2, C. pén.

³³ Art. 421-2-3, C. pén.

³⁴ Berceau actuel de l'incrimination, l'article 421-2-5 du Code pénal dispose : « Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne.

Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

choix pour mettre en exergue des évolutions plus vastes qui parcourent l'entier droit criminel (de fond comme procédural) en matière terroriste.

D'emblée, l'on peut alors dire que la provocation au terrorisme entendue comme celle prévue et réprimée par l'article 421-2-5 du Code pénal traduit l'existence de deux tendances du législateur antiterroriste qui peuvent porter d'importants écueils : l'analogie (qui peut se muer en assimilation), et l'anticipation.

Par une certaine analogie, le législateur a vu dans la provocation par la parole un acte causal dans la réalisation d'un hypothétique – rappelons que la provocation de l'article 421-2-5 du Code pénal n'a pas à être suivie d'effet – acte de terrorisme. Au moyen de ce qui se définit davantage comme une assimilation, il a laissé l'apologie des actes de terrorisme suivre la provocation directe au Code pénal, sans une réflexion de fond suffisante et en se satisfaisant de justifications quasiment identiques : plus qu'un abus de la liberté d'expression, le propos apologétique parce qu'il louerait la réalisation d'actes de terrorisme créerait, *per se*, un risque que d'autres surviennent, risque dont le droit antiterroriste doit se saisir. L'histoire de ces incriminations (suffisamment récente pour être sue) a pourtant montré qu'elles entretiennent un lien à notre sens inextricable avec la liberté d'expression et d'opinion. L'on ne peut cerner leur *ratio legis* sans évoquer les lois dites « scélérates » de 1893 et de 1894, qui se destinèrent à la répression des menées anarchistes, principale menace pour la sûreté de l'Etat en ce temps³⁵. Sont regroupées sous cette expression, mise au jour par Emile Pouget, Francis de Pressensé et Léon Blum³⁶, les trois lois visant directement le mouvement anarchiste que sont la loi du 12 décembre 1893 ayant pour objet de modifier la loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; la loi du 18 décembre 1893 sur les associations de malfaiteurs ; la loi du 28 juillet 1894 ayant pour objet de réprimer les menaces anarchistes. Dans une Troisième République en quête de stabilité constitutionnelle et gouvernementale, elles sont la réaction normative immédiate aux quelques attentats commis en 1892³⁷, 1893³⁸, 1894³⁹, ceux-là mêmes qui alimentèrent l'extrême tension politique et menacèrent l'ordre qui cherchait déjà à s'établir. Elles ne trouvèrent pas réellement leur effet. Ce ne fut pas faute de réduire drastiquement la liberté d'expression et le champ

³⁵ Cette menace anarchiste, pour ce qu'elle est et ce qu'elle représente dans l'opinion, est analysée par un auteur comme « un spectre hirsute, dangereux, au regard fou, un spectre dont l'image, ciselée par la presse quotidienne et les comptes rendus d'audience, épouvante le "bourgeois" » (G. FERRAGU, *Le moment anarchiste en France et en Europe*, in Histoire du terrorisme. dir. G. Ferragu, Perrin, 2014, pp. 96-126).

³⁶ F. DE PRESSENSE, E. POUGET, L. BLUM, *Les Lois scélérates de 1893-1894*, Éditions de La Revue Blanche, 1899.

³⁷ En 1892, François Claudius Koëningstein dit *Ravachol* fomentera et commettra une série de quatre attentats à la dynamite, visant les magistrats qui avaient à juger d'autres militants.

³⁸ En 1893, Auguste Vaillant fera exploser une bombe au sein de la Chambre des députés. Les dégâts seront dérisoires, tant et si bien que la séance continuera.

³⁹ En 1894, Emile Henry provoquera également une explosion devant un café, le *Terminus*. Il écrira plus tard : « C'est alors que je me suis décidé à mêler, à ce concert d'heureux accents, une voix que les bourgeois avaient déjà entendue, mais qu'ils croyaient morte avec Ravachol : celle de la dynamite. » (Emile Henry, *Mémoires*, 1894).

des paroles entendables, citons deux modifications qui font particulièrement écho au droit positif : les provocations de la loi de 1881 furent soustraites à la compétence de la cour d'assises et de son jury populaire pour être le fait de la juridiction correctionnelle lorsque commises dans le but d'une propagande anarchiste ; le délit d'apologie fut réintroduit dans la loi du 29 juillet 1881, défini expressément au détriment de son sens véritable comme une provocation indirecte. Plus généralement, il nous faut dire ici que si ces lois « scélérates » ont souvent été évoquées par les observateurs après le vote de la loi de 2014, c'est pour ce qu'elles ont pu témoigner du danger pour la liberté d'expression que représente l'assimilation sans bornes d'un propos provoquant, ou provocateur (ainsi de l'apologie), à un véritable acte de participation à l'entreprise criminelle, ici la « menée anarchiste ».

Des considérations semblables, dans une moindre mesure s'agissant de la virulence des débats parlementaires, sous-tendent le transfert de la parole provoquant directement au terrorisme et de celle apologétique vers le Code pénal. Ces infractions d'expression ont rejoint les infractions terroristes du Titre II du Livre IV du Code pénal, précisément elles sont des « actes de terrorisme » au sens du Chapitre premier. Le propos provocateur, et le propos apologétique (assimilé au premier dans ce qu'il peut induire de risque de passage à l'acte par un autrui) sont donc des actes de terrorisme. Peut-être faut-il relativiser cette affirmation : le Conseil constitutionnel a en effet instauré une distinction, parmi les actes de terrorisme, entre ceux qui sont des actes de terrorisme et ceux qui ne sont « que » des actes terroristes (ceux dont la loi ne dit pas qu'ils « constituent des actes de terrorisme »)⁴⁰. Le Professeur Conte fait, à ce titre, remarquer que « celui qui vante un acte terroriste n'entrant pas dans cette catégorie n'encourt aucune peine. Ainsi l'apologie d'une apologie terroriste n'est-elle pas punissable, mais pas davantage, non plus, celle d'un acte incriminé par les articles 421-2-3, 421-2-4, 421-2-4-1 et 421-2-5-1 (...) – et il en est de même de la provocation à ces actes »⁴¹. Nous aurons à revenir sur les conséquences concrètes (dont certaines, en procédure, sont inexistantes) de cette distinction. Complexe, résolument contre-intuitive, elle représente les failles de la législation surabondante, des ajouts et des renvois, et montre combien peut être mise à mal l'intelligibilité de la loi criminelle lorsque les catégories priment les qualifications.

Les paroles en matière terroriste peuvent donc être saisies par le droit pénal au titre de son extensive répression de la provocation au terrorisme, en tant qu'elles créent un risque hypothétique de passage à l'acte par un autrui. L'analogie a consisté, s'agissant de la provocation, à en faire un acte de terrorisme, s'agissant de l'apologie, à y voir une forme de provocation à l'infraction. Il nous

⁴⁰ Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC, cons. n°16 : CCE 2018, comm. 64, obs. A. Lepage ; D. 2018. 1233, obs. Y. Mayaud.

⁴¹ Ph. CONTE, Dr. pén. 2019, comm. 21, note sous Cass. crim., 11 déc. 2018, n° 18-82.712.

faut encore dire que cette tendance à l'analogie s'est conjuguée à celle de l'anticipation : le propos, considéré comme un acte, est interprété par le législateur comme un indicateur de la dangerosité de celui qui le profère. La politique criminelle antiterroriste contemporaine s'entend indéniablement de la conjonction d'un volet préventif et d'un volet répressif, elle évolue « vers une stratégie d'anticipation de plus en plus marquée et vers l'incrimination de comportements périphériques à la commission de l'acte terroriste proprement dit et ce, de plus en plus en amont, notamment en appréhendant tous les comportements de soutien, plus récemment, la propagation de l'idéologie terroriste, encore plus récemment, l'engagement dans une démarche de radicalisation à caractère terroriste s'orientant vers un possible passage à l'acte »⁴². L'anticipation, en matière de provocation par la parole à l'acte de terrorisme, a consisté selon nous (malgré ce qui en a été dit dans les travaux législatifs) à percevoir dans ce type de propos tout autant un acte de diffusion de l'idéologie créant un risque lorsqu'entendu par autrui, qu'un acte annonciateur d'un potentiel passage à l'acte de l'individu lui-même. Le propos, ainsi considéré, appelle l'intervention du droit répressif pour ce qu'il peut indiquer de progression de celui qui le profère sur *l'iter criminis*. Cette politique d'anticipation s'explique par le contexte terroriste particulier dans lequel fut votée la loi du 13 novembre 2014, sur lequel nous aurons à revenir : le terrorisme islamique des dernières années a donné à voir un certain nombre de passages à l'acte d'individus dont le lien avec une véritable organisation terroriste était ténu, et qui s'étaient lancés seuls sur le chemin infractionnel, sous l'influence d'une propagande démultipliée à l'époque d'*Internet* et des réseaux sociaux.

La politique criminelle antiterroriste en France n'est, enfin, pas la seule à s'inscrire dans une quête de prévention par des incriminations anticipées. Elle se réclame d'un *continuum* international et européen : nous aurons à étudier ces instruments internationaux, notamment onusiens, qui préconisaient très tôt un embrassement par la politique criminelle de tout le spectre terroriste, des infractions connexes, liées, le facilitant, le finançant, ou y provoquant. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont particulièrement ciblé la provocation au terrorisme dans plusieurs de leurs législations les plus récentes. Toutefois, il s'agira bien de voir que la plupart de ces textes préconisaient une répression de l'incitation au terrorisme (la formule est préférée à celle de la provocation) qui ferait grand cas du risque réel créé par le propos de l'agent, et qu'aucunement, la France n'était enjointe de faire basculer ses incriminations de la loi spéciale vers le droit antiterroriste. Les réformateurs ont vu dans la loi de 29 juillet 1881 un instrument désuet esseulant la France dans sa faiblesse, historique, elle est au contraire un pilier de notre système libéral. Ces instruments européens sont, d'ailleurs, tous assortis de strictes considérations quant au respect par

⁴² D. GUERIN, JCI Pénal Code, Fasc. 20 : *Les actes de terrorisme*, LexisNexis, 2022.

les Etats de la liberté d'expression (qui s'entend également, pour la Cour européenne des droits de l'homme, des opinions choquantes), du pluralisme dans la société démocratique et des médias. Sans évidemment renier ces valeurs cardinales, le législateur français leur a tout de même fait courir quelques dangers en faisant de l'expression provocatrice une infraction terroriste. L'exemple belge peut nous aider à mesurer à quel point les incriminations dont nous évoquons le transfert au Code pénal sont liées à l'expression : par un arrêt du 15 mars 2018⁴³, la Cour constitutionnelle belge a déclaré le délit d'incitation au terrorisme de l'article 140 bis du Code pénal, tel que modifié par une loi antiterroriste de 2016, inconstitutionnel. Le texte d'incrimination était alors rédigé de telle manière qu'était punie « la diffusion de certains messages ou toute autre manière de les mettre à la disposition du public avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, que cette diffusion implique ou non un risque qu'une ou plusieurs infractions terroristes puissent être commises »⁴⁴. Au regard du bloc d'instruments européens et internationaux protégeant la liberté d'expression, au premier rang desquels siège l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'édifice jurisprudentiel de la Cour qui en découle, la disposition ainsi rédigée n'était pas nécessaire dans une société démocratique, restreignant la liberté d'expression de manière disproportionnée. La nouvelle rédaction du délit qu'a commandé cette censure constitutionnelle intéresse le rapport de la parole à l'acte terroriste, et l'idée du risque que peut représenter, *per se*, un propos. En effet, l'article 140 bis du Code pénal belge dispose désormais que « toute personne qui diffuse ou met à la disposition du public de toute autre manière un message, avec l'intention d'inciter [...] à la commission d'une des infractions visées [aux articles 137 ou 140sexies], à l'exception de celle visée au article 137, § 3, 6°, sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de cent euros à cinq mille euros, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises ». Conditionné à l'existence d'un risque, et à l'exigence d'une volonté par l'agent d'inciter à commettre un acte (et non, comme l'apologie, une simple incitation à la juger favorablement), le délit est à notre sens réprimé dans sa juste mesure.

Ce lien entre la liberté d'expression et les incriminations de provocation par la parole a été nié par leur transfert, en matière terroriste, au Code pénal. L'étude de ce mouvement et de ce qui l'a initié, justifié, ainsi que des conséquences judiciaires qui l'ont immédiatement suivi, permet d'interroger la plus large politique criminelle antiterroriste. Le droit pénal appréhende-t-il justement le comportement provocateur en matière terroriste ? Que dit le droit pénal de lui-même et de sa capacité à répondre à la criminalité terroriste lorsqu'il se saisit des paroles évoquant le terrorisme ?

⁴³ C. Const. b., 15 mars 2018, n° 31/2018.

⁴⁴ V. *supra*, § B.7.1.

A être trop aisément entendu de certains actes comme de certaines paroles, le terrorisme n'est-il pas dénaturé dans sa première considération qui l'avait départi de la catégorie des infractions politiques, celle d'une criminalité trop violente pour être politique ? L'étude des différentes acceptions de la provocation au terrorisme en droit pénal contemporain nous amènera à mieux cerner les dangers qui pèsent sur l'Etat de droit et sur les canons de son droit criminel à laisser place à la réaction, l'anticipation, l'assimilation. Rappelons les mots de Colombe Camus, citée dans les travaux législatifs de la loi du 13 novembre 2014 sans y avoir reçu une véritable écoute, elle qui voyait dans le phénomène terroriste un défi pour l'Etat de droit : « Révélateur et incarnation de la crise de la conflictualité politique, de la souveraineté et de l'universalisme qui traverse l'espace mondial, le « phénomène terroriste » s'impose peut-être effectivement comme le « grand test de civilisation de notre temps (...) Il interpelle en tout état de cause les capacités de résilience politique et sociétale des démocraties occidentales. Car en effet, il y a bien plus qu'une dimension de l'action politique, législative et légale dans la lutte contre le terrorisme. Des modalités décidées et de leur pérennisation découle un ordre symbolique accepté par tous, une vision de la société et de ce qu'elle devrait être. Et celles qui nous sont proposées depuis 2001 méritent d'être attentivement surveillées et questionnées »⁴⁵.

La provocation au terrorisme fait donc, en droit pénal, partie intégrante de la catégorie des infractions terroristes prévues par le Code pénal. Elle s'entend essentiellement de l'incrimination de provocation directe prévue et réprimée par l'article 421-2-5 du Code pénal. Mais celle-ci n'est en rien la seule occurrence d'appréhension par le droit pénal du comportement de l'agent qui, par ses mots, appelle l'autre vers le terrorisme, l'une des justifications apportée à son transfert trouvait pourtant sa source dans un prétendu vide juridique en la matière. Son étude doit donc s'appuyer sur celle des autres textes d'incrimination qui permettent classiquement au juge pénal de saisir des comportements qui peuvent s'entendre d'une provocation (PARTIE I).

Surtout, l'attention s'est majoritairement concentrée sur le transfert du délit de provocation, et les réflexions de fond qui ont sous-tendu ce transfert ont, à notre sens, essentiellement consisté à revoir le caractère causal du propos provoquant directement au terrorisme à l'aune d'*Internet*. Acte causal plus qu'abus de la liberté d'expression, il appellerait l'intervention d'un droit pénal tout autre que celui favorable de la loi du 29 juillet 1881.

Il a cependant entraîné avec lui l'apologie des actes de terrorisme. Le délit d'apologie s'est trouvé assimilé à une forme de provocation, plus indirecte (la provocation indirecte est en principe

⁴⁵ C. CAMUS, *La lutte contre le terrorisme dans les démocraties occidentales : État de droit et exceptionnalisme*, Revue internationale et stratégique, vol. 66, no. 2, 2007, pp. 9-24.

exclue de la répression en matière terroriste). Pourtant, l'apologie consiste dans la légitimation, le jugement favorable d'un acte de terrorisme, la seule provocation (si l'on définit toujours le terme dans son strict sens, car l'apologie peut provoquer en ce sens qu'elle peut susciter une réaction) que l'on peut y voir est une provocation à la considération positive de l'acte de terrorisme. Le propos apologétique provoque donc possiblement à reconnaître la violence comme un moyen légitime de revendiquer sa cause, et possiblement ensuite – toujours plus loin dans la chaîne causale – à passer un jour à l'acte. Pourtant, l'apologie est contenue dans cette incrimination, et la provocation l'a attirée dans le Code pénal, elle qui à notre sens est l'archétype du délit de presse (sauf à considérer, non sans audace, que l'apologie est bien un acte terroriste en ce qu'elle crée un trouble grave qu'est la légitimation de l'infraction terroriste qui en elle-même pousse autrui à de prochains actes). Il s'agira de s'interroger sur ce qu'il est advenu du propos apologétique dans cette vaste entreprise d'assimilation (PARTIE II).

PARTIE I. LA REPRESSION PENALE DU PROVOCATEUR

La provocation s'entend dans un premier propos de l'action de provoquer autrui, de le pousser ainsi à commettre une action blâmable, pour ce qui nous occupe, à commettre une infraction. Entendue dans cette acception comme le fait ou le geste qui consiste à provoquer, la provocation est un comportement qui, en tant que tel, est appréhendé de différentes façons par le droit pénal. La répression de la provocation à l'infraction n'est alors ni tout à fait récente, ni tout à fait propre au domaine du terrorisme, de sorte que le législateur, loin des nouvelles formes de provocation punissable et des incriminations plus spécifiques liées au domaine précité, dispose classiquement de différents leviers pour punir celui qui provoque autrui à un acte de terrorisme.

Le provocateur n'est donc pas un acteur non identifié dans la chaîne pénale. Il s'agit de comprendre qu'il est possible d'envisager la répression de son méfait sans se départir de ce qu'il est convenu d'appeler la théorie classique de l'infraction (CHAPITRE I). Les deux modes traditionnels de participation criminelle consistant dans la participation en tant qu'auteur ou en tant que complice peuvent consister dans une provocation.

C'est ensuite du constat de ce que les voies classiques de répression n'étaient pas suffisantes pour répondre à toutes les occurrences de provocation – surtout lorsqu'elle n'est pas suivie d'effet – que naît la pénalisation d'un panel plus large de provocations autonomes. Le terrorisme n'a pas dérogé à cette tendance, et parmi les nombreuses incriminations participant d'une politique d'anticipation dans la répression des comportements et des volontés terroristes, certaines punissent un acte de provocation. Entourée de ces provocations spécifiques ou destinées à des publics spécifiques, la provocation au terrorisme *stricto sensu* s'entendra dans les présents travaux de l'incrimination centrale qu'est devenue celle de l'article 421-2-5 du Code pénal après son transfert au sein dudit code, duquel a procédé son extension. Un temps considérée comme une infraction de presse, cette provocation tient désormais son rang parmi les actes de terrorisme (CHAPITRE II).

CHAPITRE I. LA PROVOCATION AU TERRORISME APPREHENDEE PAR LA THEORIE CLASSIQUE DE L'INFRACTION

Celui qui provoque autrui à la commission d'un acte terroriste peut être réprimé selon les voies traditionnelles qu'offre le droit pénal. C'est dire que la matière porte depuis jadis des concepts classiques qu'il est convenu de mobiliser pour appréhender tous les comportements anti-sociaux que la loi qualifie d'infractionnels. Il est souhaitable, à notre sens, de ne pas s'éloigner démesurément de tels concepts pour appréhender les comportements criminels quand bien même ceux-ci évolueraient, c'est en tout cas ce que commande le respect de la légalité criminelle. Il en va de ses corollaires, de l'intelligibilité, de la clarté et de la prévisibilité de notre droit criminel.

La responsabilité pénale présente en fait divers caractères. Elle est subjective en tant qu'elle est tournée vers l'auteur, son comportement et sa faute – avec pour objectif la punition – là où la responsabilité civile par exemple peut être purement objective. Aussi, elle procède du fait personnel, de sorte qu'il n'est pas de responsabilité pénale de plein droit (ainsi de la responsabilité du fait d'une fonction) ou de responsabilité pénale collective (en tout cas pas de responsabilité du fait du groupe familial ou clanique, comme dans l'Ancien Droit). Déjà au XVI^{ème} siècle, le jurisconsulte Antoine Loysel affirmait qu'« en crime, il n'y a point de garants », l'article 121-1 du Code pénal énonce aujourd'hui que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Le droit pénal identifie ainsi classiquement deux modes de participation criminelle, la participation en qualité d'auteur et la participation en qualité de complice. Est auteur celui qui a pris part de façon principale à l'exécution matérielle de l'infraction, quand celui qui n'y a participé que partiellement – ne réunissant pas personnellement tous ses éléments constitutifs – est complice. *Quid* alors de celui qui, sans y participer matériellement, fait commettre ladite infraction ? Ces canons traditionnels de la responsabilité pénale et de la participation à l'infraction résistent-ils aux hypothèses particulières de provocation intellectuelle à commettre l'infraction ? Peut-on être auteur ou complice, notamment du terrorisme, par les mots ?

A notre sens, la conception binaire de l'auteur et du complice a survécu un temps à cette hypothèse particulière de comportement, et ce grâce au concept, non moins classique, d'auteur moral (ou intellectuel). Le Professeur Mayaud, dans son étude de l'engagement personnel en droit pénal, définit l'auteur moral comme « celui qui ne réalise pas lui-même l'infraction, mais incite ou provoque à sa consommation »⁴⁶. Le droit pénal a toujours eu à s'interroger sur la répression du

⁴⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 7^e éd., PUF, Droit fondamental, 2021.

cerveau de l'infraction, et il faut bien voir que la binarité des modes de participation a su accueillir cette hypothèse particulière de commission. Ainsi l'article 121-4 du Code pénal définit-il l'auteur d'une infraction comme « (...) la personne qui : 1° commet les faits incriminés ; 2° tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ». Le Professeur Mayaud en déduit que « telle est la situation de l'auteur d'une infraction, qui engage sa responsabilité pénale pour réunir dans sa personne tout ce qui y participe, en la réalisant matériellement, tout en la doublant d'une volonté hostile ou d'une indifférence coupable aux valeurs sociales protégées »⁴⁷. Cette acception classique de la participation comme auteur exclut donc, *a priori*, celui qui ne commet pas mais fait commettre les faits incriminés, tant et si bien que l'auteur moral a plutôt été identifié par la doctrine classique comme un complice.

Pour ce qui nous occupe, il s'agit bien de voir que celui qui provoque autrui à la commission d'un acte de terrorisme par ses mots est parfois un complice, son comportement peut être appréhendé par la théorie de la complicité (Section 1). Mais pour s'affranchir de certaines limites à la répression qu'impliquait le strict respect des canons de la complicité, le droit pénal s'est également muni d'incriminations permettant de punir l'auteur moral dans des situations particulières. Sont notamment réprimées à titre autonome certaines provocations, qui constituent un arsenal résolument fourni à disposition du juge pour punir notamment celui qui provoque au terrorisme (Section 2).

Section 1. Le provocateur, complice de l'acte de terrorisme réalisé

Le professeur Merle voit dans l'auteur moral ou intellectuel « l'une des causes génératrices de l'infraction »⁴⁸. Celui qui génère l'infraction commise matériellement par autrui peut-il alors en être déclaré complice ? Le droit pénal a rapidement apporté une réponse favorable à cette interrogation, et la complicité peut s'entendre d'un acte d'instigation, d'une provocation particulière à commettre l'infraction. Le provocateur à l'acte terroriste peut alors répondre de son comportement en tant que complice classique de l'infraction réalisée si tel est l'effet de sa provocation (§1). Mais, plus encore, il est possible de saisir la provocation par les mots sous l'angle d'une complicité dite « particularisée » lorsque celle-ci se réalise au moyen d'un acte d'expression et, ici encore, qu'elle est suivie d'effet ; c'est ce que permet l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui présente l'avantage de ce qu'il ne requiert pas les adminicules classiques de la complicité (§2).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997.

§1. Le provocateur, complice de droit commun

Les différents modes de complicité sont fixés à l'article 121-7 du Code pénal, lequel dispose qu'est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation, mais également celle qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre⁴⁹. Il est convenu de départager ces deux modes de complicité en opposant la complicité par instigation à la complicité par aide ou assistance.

En tant qu'il provoque autrui à commettre une infraction, c'est à l'appréhension sous l'angle de la complicité par instigation que s'expose indéniablement notre provocateur. En effet celle-ci s'entend de l'action de celui qui provoque, incite à une infraction. Mais toute provocation à l'infraction n'est pas punissable, l'article requiert de celle-ci qu'elle présente une forme particulière. Ainsi le provocateur à l'infraction terroriste doit l'avoir provoquée par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité (ainsi d'une personne qui détient des pouvoirs légaux ou moraux qui lui permettent de faire pression sur l'agent), ou de pouvoir. Ces adminicules nous éloignent de notre conception du provocateur s'il est entendu comme celui qui par ses mots, pousse autrui à commettre l'acte de terrorisme sans l'y contraindre. Peut-être en est-il différemment de l'ordre, qu'un auteur définit comme le comportement « d'un complice qui, dépourvu de tout pouvoir juridique sur l'auteur principal, a su s'imposer par la puissance de son caractère ou l'éclat de ses talents, comme par exemple un agitateur politique ou syndical qui pousse ses admirateurs à la délinquance »⁵⁰. On pourrait retrouver dans la notion d'ordre le propos de notre provocateur dont le trait prosélyte⁵¹ pousse le destinataire à accomplir un acte de terrorisme, mais il porte un degré d'exigence quant au caractère direct (en ce sens d'un propos circonstancié) et précis de la provocation qui ne permet pas de voir en lui un levier suffisamment large pour le juge. Toujours est-il que ces adminicules s'analysent comme des moyens pour l'instigateur de faire pression sur l'auteur pour l'inciter à commettre son forfait, ce n'est pas tout à fait la réalité de la provocation au terrorisme si on l'entend de ce phénomène de prosélytisme précisément dans le viseur du législateur contemporain (et de sa politique préventive), et cela ne colle donc qu'à des phénomènes plus sporadiques de provocation individualisée, d'incitation pressante⁵² d'un agent sur un autrui dont la liberté de choix est largement influencée.

⁴⁹ Art. 121-7, C. pén.

⁵⁰ J-H. ROBERT, JCI Pénal Code, Fasc. 20 : *Complicité*, LexisNexis, 2022.

⁵¹ Pour une étude de l'appréhension par le droit criminel du propos prosélyte : F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, Dir. Ph. Conte, Varenne, coll. Thèse, 2014.

⁵² L'effet de provocation n'équivaut pas, toutefois, à une contrainte morale (E. DREYER, *Droit pénal général*, Op. cit., p. 851).

En tout état de cause, la provocation doit être personnelle (adressée à la personne en particulier) et directe, ainsi des conseils vagues ne constituent pas une provocation, le complice doit suggérer l'infraction. Le même auteur avance que « l'expression molle de sentiments n'est pas une provocation »⁵³. La jurisprudence classique s'aligne sur ce degré d'exigence tenant aux adminicules de la complicité par provocation. La chambre criminelle se refuse ainsi de réprimer sous cet angle le comportement de celui qui ne prodigue qu'un « simple conseil », sa provocation n'étant pas qualifiée⁵⁴. S'agissant alors de ce conseil, il peut constituer une instigation punissable, un acte de complicité, s'il s'accompagne de précisions, mais la chambre criminelle y voit alors davantage une complicité par fourniture d'instructions⁵⁵. C'est d'ailleurs par ce truchement de la complicité par fourniture d'instructions (indépendante des adminicules précités de la provocation) qu'elle a appréhendé le fait pour une personne de fournir des renseignements pour la commission d'un attentat terroriste⁵⁶.

Au-delà des exigences liées à l'acte de complicité, rappelons que la participation du complice doit être volontaire et consciente, le provocateur doit ainsi avoir eu connaissance du caractère délictueux des actes de l'auteur principal, connaissance doublée de la volonté de participer à la commission de l'infraction. C'est le degré d'exigence que la jurisprudence classique tire du caractère intentionnel de la complicité qui ressort de l'article 121-7 du Code pénal⁵⁷. Encore faut-il mentionner la jurisprudence qui cherche la coloration morale des actes de terrorisme en eux-mêmes (ceux prévus et réprimés à l'article 421-1 du Code pénal, que d'aucuns nomment incriminations de terrorisme par référence), et l'incidence de ce que des auteurs identifient comme l'élément qualifiant⁵⁸ du terrorisme sur les éléments de l'infraction. L'intention à rechercher chez le provocateur pour qu'il soit complice dépasse nécessairement la simple volonté de prêcher la violence ou la rébellion auprès du destinataire. Il faut à tout le moins une intention de le pousser à commettre un acte précis, sans quoi l'on aura bien du mal à y voir une intention de participer à la commission de l'acte, sans quoi l'on aura également bien du mal à se départir de l'hypothèse de la discordance totale entre l'acte de complicité et l'infraction finalement réalisée.

Le provocateur par les mots, pour être complice de droit commun, doit en somme être très impliqué dans la réalisation de l'infraction terroriste finalement commise, on peut même dire qu'il est requis de lui qu'il provoque l'infraction, et pas seulement qu'il provoque à l'infraction. Aussi, il

⁵³ J.-H. ROBERT, JCl Pénal Code, Fasc. 20 : *Complicité*, LexisNexis, 2022.

⁵⁴ Cass. crim., 13 janv. 1954 : *D* 1954, p. 128.

⁵⁵ Cass. crim., 28 oct. 1965 : *JCP G* 1966, II, 14524 ; *RSC* 1966, p. 339, obs. A. Légal.

⁵⁶ Cass. crim., 23 mai 1973 : *Bull. crim.* n°236.

⁵⁷ V. en ce sens : Cass. crim., 5 nov. 1943 ; pour une illustration en matière de complicité par instruction, Cass. crim., 19 mars 1986, n°85-93.900 : *Bull. crim.* n°112.

⁵⁸ La notion est fréquemment mobilisée par le Professeur Conte, nous y reviendrons.

doit avoir l'intention de s'y associer. C'est un degré d'exigence dont il convient de se satisfaire dans la mesure où le complice sera puni comme auteur de l'infraction⁵⁹, mais il en résulte que la complicité de droit commun est inenvisageable face à une personne qui provoque directement à l'infraction sans quelque contrainte ou pression, ou qui pousse indirectement à l'infraction, plus subtilement, mais encore lorsque l'acte projeté n'est finalement pas réalisé.

Une provocation peut donc être assimilée à de la complicité mais à certaines strictes conditions, dont a essayé de se départir le législateur lorsqu'il a pénalisé la provocation publique (toujours suivie d'effet) à l'infraction, à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

§2. Le provocateur, complice particularisé

Le comportement de celui qui incite à la commission d'une infraction terroriste peut encore être saisi par le truchement de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, lequel dispose que « seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet »⁶⁰. Le comportement provocateur est ici réprimé comme un acte particulier de complicité, ce qui s'explique par la gravité de la provocation dont il est question (A). Mais ce levier à disposition du législateur n'est plus qu'un texte de façade, objet d'une pratique judiciaire anecdotique (B).

A. Une provocation grave appréhendée comme un délit de presse

Le texte fait de l'expression provocatrice un cas de complicité, et ce n'est, déjà, pas peu de le dire. Le législateur prévoit ici que celui qui incite autrui par un acte d'expression à la commission d'un crime ou d'un délit en est le complice, l'on fait entrer dans le giron des participants à l'infraction, un acteur extérieur qui n'a fait que l'évoquer publiquement. Le comportement provocateur doit procéder d'un acte d'expression, et le propos être public, direct et suivi d'effet, en sorte qu'il est une des formes les plus graves de parole provocatrice qui appelle répression pénale.

⁵⁹ Art. 121-6, C. pén.

⁶⁰ Art. 23, L. 29 juill. 1881.

Ce texte est naturellement applicable au comportement de celui qui incite à la commission d'un crime ou d'un délit terroriste, en cela, il appelle une meilleure étude.

Héritage (et vecteur) d'une politique criminelle stricte envers les opinions, l'article 102 du Code pénal de 1810 punissait « tous ceux qui, soit par discours tenus dans les lieux ou réunions publics, soit par placards affichés, soit par des écrits imprimés, [*excitaient*] directement les citoyens ou habitants à les commettre. ». Sous les Deuxième et Troisième Républiques, les législateurs s'entêtèrent dans la recherche du meilleur moyen de réprimer la provocation. Ce premier article fut supprimé en 1819⁶¹, d'autres lui succédèrent qui souffraient de ce qu'ils ne caractérisaient pas la provocation ou la définissaient trop largement, d'autres textes encore incriminèrent des formes particulières de provocation⁶². La provocation publique et directe suivie d'effet participe alors des infractions qu'a retenues et pérennisées la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, son article 68 – symbole de la rupture historique que constitue le texte qui le porte – ayant abrogé toutes ces lois infructueuses.

Une première analyse de ce texte d'incrimination permet alors de l'envisager tout autant que d'autres parmi les leviers de répression de l'incitation par les mots au terrorisme. Le provocateur doit ici se laisser aller à un acte d'expression, sa provocation est publique, c'est en tout cas ce que suggère la longue énumération dans l'article des moyens de la commettre. Sont ainsi visés tous ceux qui appellent publiquement à la commission du crime ou du délit terroriste, aux juges alors d'apprécier si cette publicité est établie⁶³. Messages diffusés sur les réseaux sociaux, réunions publiques, distribution d'imprimés écrits, sont autant d'hypothèses de provocations publiques qu'englobe l'article, et autant d'actes constitutifs d'une complicité particularisée.

Au-delà de l'exigence de publicité, le législateur ne fait ici complice que le provocateur direct à l'infraction. Rappelons alors qu'est directe la provocation de celui qui incite celui qui l'écoute à la commission d'un acte précis, et que la doctrine s'accorde sur l'idée que « le caractère direct des propos concerne les infractions auxquelles leur auteur doit avoir incité et non la relation qui pourrait exister entre l'auteur des propos et l'individu qui se serait montré trop réceptif »⁶⁴. Voilà un premier garde-fou à la pénalisation des propos, un tel article postule en effet que ne peuvent être assimilés à des complices du crime ou du délit – notamment terroriste – ceux qui n'ont fait que diffuser,

⁶¹ Suppression par la loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de communication, qui, avec la loi du 26 mai 1819 relative à la poursuite et au jugement des infractions objets de la première, constitua les fondations d'un embryon de droit de la presse.

⁶² Ainsi de l'article 6 de la loi du 17 mai 1819, punissant la provocation à la désobéissance aux lois.

⁶³ Cass. crim., 5 oct. 1993, *Bull. crim.* n°276.

⁶⁴ J-B. THIERRY, JCI Lois pénales spéciales, Fasc. 60 : *Presse et communication – Provocation aux crimes et délits*, LexisNexis, 2021.

certes publiquement, une opinion dissidente ou choquante, ou ont sournoisement suggéré le recours à l'infraction comme moyen au service d'une cause dont ils se sont fait prosélytes devant leur assistance. La chambre criminelle s'est rapidement saisie de la nuance entre une provocation précise au comportement et une incitation plus indirecte à la contestation, décidant dès 1954 que n'est point direct le propos « 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 »⁶⁵. Dégagée du giron de la provocation directe, l'opinion, même corrosive, est sauve.

Mais ce sont bien les seules exigences qui tiennent à la provocation de l'agent fait complice, l'article s'applique ainsi sans qu'il ne soit besoin de caractériser les adminicules classiques de la complicité de droit commun. Il n'y a donc pas à rechercher chez le provocateur de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 une pression sur la volonté de celui qui commet l'infraction terroriste (pression qui ressort desdits adminicules). En cela ce mode de complicité est plus large. Le professeur Robert souligne que la provocation de l'orateur, de l'écrivain, « pousse les auditeurs et lecteurs dans la délinquance, parce que, ayant entendu ou lu la même chose, ils s'en persuadent de plus fort les uns les autres. Les dons, promesses, ordres, *etc.* sont remplacés par l'encouragement que les récepteurs de la provocation trouvent dans leur nombre »⁶⁶. Aussi, ce mode de complicité ne requiert nullement l'intention de s'associer à l'infraction.

Il reste que notre provocateur ne sera complice que si celui qu'il a directement incité à l'acte réalise son forfait, commet ou tente de commettre le crime, ou commet le délit terroriste. C'est cette exigence d'une provocation suivie d'effet qui fait dire à un auteur que l'article réprime une « forme de complicité intellectuelle »⁶⁷. Toutefois, si un lien entre provocation et commission (ou tentative de commission) de l'infraction est requis, l'article n'en précise ni la substance ni la nature. Les auteurs s'interrogent mais ne trouvent pas matière à discuter dans le faible contentieux tiré de ce mode particulier de complicité. Relevons tout de même que la chambre criminelle, dans les premiers temps de la loi sur la liberté de la presse, a exigé l'établissement d'une « relation incontestable entre le fait de la provocation et les crimes ou délits auxquels elle se rattache par ce lien étroit »⁶⁸.

D'aucuns pourraient s'étonner de ce que cette provocation directe suivie d'effet à un crime ou délit soit toujours perçue comme un délit d'opinion, de ce que celui qui provoque directement

⁶⁵ Cass. crim., 25 févr. 1954, *Bull. crim.* n° 89.

⁶⁶ J-H. ROBERT, JCI Pénal Code, Fasc. 20 : *Complicité*, LexisNexis, 2022.

⁶⁷ C. BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, 3^{ème} ed., Dalloz, 2020.

⁶⁸ Cass. crim., 5 janv. 1883.

et publiquement au terrorisme un individu qui commet son forfait échappe au régime procédural antiterroriste, puisque que le lien semble plus ténu avec l'infraction et la lésion de l'intérêt général qu'avec la liberté d'expression. C'est justement cette vision qui a primé en 2014 lorsque le législateur a repensé la pénalisation de la provocation au terrorisme au sein du Code pénal et non plus de la loi sur la liberté de la presse. Pourtant, l'article 23 subsiste, vidé de sa substance par la fuite au Code pénal de différentes provocations.

B. Une pratique judiciaire anecdotique

L'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est en effet un texte dont nous pouvons dire qu'il est assez désuet, tant le contentieux est anecdotique.

D'abord, il faut dire que n'est pas fixée la solution quant au cumul potentiel de cette forme particularisée de complicité par voie de presse et de la complicité de droit commun. Surtout, le texte souffre de ce qu'il est rendu désuet par les nombreuses provocations à l'infraction suivies d'effet (ou non) punies au sein du Code pénal lui-même, dans des domaines particuliers. La gravité de la provocation que requiert l'article pousse le législateur à l'assimiler à une véritable participation au processus infractionnel dans certains domaines spécifiques, et il en est ainsi du terrorisme. Mais le Livre IV du Code pénal est peuplé de telles provocations spécifiques, ainsi de la provocation à la trahison et à l'espionnage⁶⁹, de la provocation à des rassemblements insurgés, assimilée par le législateur à un acte participation à un mouvement insurrectionnel⁷⁰, de la provocation à s'armer illégalement⁷¹, de la provocation de militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère⁷², ou à désobéir⁷³, ainsi encore de la provocation à le fonctionnement normal du matériel militaire⁷⁴, de la provocation à la constitution d'un attroupement lorsque celui-ci est armé⁷⁵, et de la provocation à la rébellion⁷⁶. Ces provocations ne sont pas toutes identiques, la provocation à la trahison et à l'espionnage n'est pas suivie d'effet, et presse la volonté du provoqué, quand la provocation à un attroupement armée est nécessairement directe, et s'aggrave lorsqu'elle est suivie d'effet. Mais en ce que toutes peuvent être réalisées par un acte d'expression, être publiques, elles vident l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 de sa substance contentieuse. Surtout, il en est ainsi de la provocation au terrorisme. Lorsque publique et suivie d'effet celle-ci relevait jadis de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, mais l'article 421-2-5

⁶⁹ Art. 411-11, C. pén.

⁷⁰ Art. 412-4 4°, C. pén.

⁷¹ Art. 412-8, C. pén.

⁷² Art. 413-1, C. pén.

⁷³ Art. 413-3, C. pén.

⁷⁴ Art. 414-1, al. 2, C. pén.

⁷⁵ Art. 431-6, C. pén.

⁷⁶ Art. 433-10, C. pén.

du Code pénal l'a encore vidé de sa substance en punissant toute provocation (publique ou non), suivie ou non d'effet, en tant qu'infraction autonome. Nous reviendrons sur les conséquences de ce transfert, qui induit une extension du champ de la provocation, mais il faut souligner ici qu'il s'inscrit dans la tendance à l'étude.

Il reste que la lecture de ce texte spécial n'est pas dénuée d'utilité pour quiconque appréhende les infractions de presse. La caractérisation de la publicité nécessaire à leur constitution est subtile, et l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 se trouve le plus souvent visé par les juges pour une raison qui n'est pas tout à fait celle pour laquelle il a été rédigé : il décrit au titre de la provocation les différents modes par lesquels elle peut être commise. Sont ainsi énumérés un certain nombre de modes de publicité, et ils donnent à la jurisprudence la bonne fortune qui est la sienne⁷⁷. La lecture de ces différents modes nous montre une évolution vers les nouveaux moyens de communication. Elle est également riche d'enseignements sur le sens de la publicité en droit pénal, c'est à partir de ce texte que la jurisprudence a œuvré à l'interprétation des notions de lieu public, de réunion publique – et de réunion privée – à la création de la notion de communauté d'intérêts. Aussi, bien que la lettre du texte taise l'état d'esprit de l'agent quant à la publicité de ses propos, c'est encore sur cette base que les juges ont dégagé une condition de volonté de rendre les propos publics. Nous aurons à mieux étudier toutes ces questions liées à la caractérisation de la publicité puisqu'attirée avec la provocation directe parmi les infractions du Code pénal, l'apologie du terrorisme est toujours conditionnée à ladite exigence de publicité.

La complicité est donc une voie possible pour la répression de celui qui incite à un acte de terrorisme, si tant est que son incitation prenne la forme d'une provocation suivie d'effet. La complicité de droit commun est néanmoins conditionnée à l'existence d'une forme particulière de provocation, une véritable pression sur la volonté d'un auteur. La complicité particularisée est, elle, conditionnée à une provocation publique. Aussi, le complice doit toujours être désireux de participer par son propos à la commission de l'infraction. La complicité n'est donc pas une voie suffisante au regard de l'esprit contemporain qui est à la prévention du phénomène terroriste, et très peu de provocateurs par les propos sont saisis sous cet angle par le droit pénal. *Quid* d'autres cas de provocation, de la situation de celui qui provoque de telle manière qu'il n'est pas complice, ou qui ne le fait pas publiquement ? Ce sont autant de « strictes conditions » qui font dire au Professeur Mayaud que la réponse par la théorie de la complicité au comportement de l'auteur moral n'est pas toujours acquise⁷⁸.

⁷⁷ Il s'agit en tout cas de l'analyse proposée par le professeur Lepage (A. LEPAGE, *Droit pénal des médias*, Cours magistral, Université Paris II. Panthéon-Assas, Master 2 Droit pénal et sciences pénales, 2021).

⁷⁸ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Op. cit.

C'est de ce constat que procède la multiplication d'incriminations autonomes participant d'une anticipation de la répression, dans des domaines spécifiques, parmi lesquels le terrorisme. Elles permettent de punir plus efficacement des comportements que l'on peut assimiler à une provocation, bien qu'ils ne soient pas analogues et qu'ils ne couvrent pas toutes les occurrences de provocation.

Section 2. Le provocateur, auteur moral appréhendé par une infraction autonome

Le législateur a fait de certaines provocations des infractions autonomes, la matière terroriste n'y échappe pas. Leur existence procède, à notre sens, de la conjonction d'une prise de conscience et d'une crise de l'anticipation.

Une prise de conscience d'abord, de ce que l'assimilation de l'instigateur au complice comporte des limites théoriques et pratiques.

Une crise de l'anticipation ensuite, dont nous avons déjà esquissé les grands traits, avec une recrudescence des infractions obstacles dans certains domaines spécifiques, parmi lesquels le terrorisme. Il en résulte que l'étude des différentes façons de réprimer la provocation au terrorisme en droit positif passe par l'analyse d'un certain nombre d'infractions autonomes autres que l'article 421-2-5 du Code pénal, qui n'ont pas manqué d'être évoquées dans les travaux parlementaires desquels a procédé la loi du 13 novembre 2014. Elles gravitent toujours autour de l'infraction de provocation au terrorisme strictement entendue comme celle que porte cet article.

La législation antiterroriste s'est donc départie de la théorie de la complicité en ce que celle-ci est trop emprunte de matérialité et fait obstacle à la punition des instigateurs qui n'ont pas trouvé leur effet (§1). Il existe alors un certain nombre d'incriminations permettant d'appréhender un acte de provocation au terrorisme, et plus particulièrement des infractions punissant autonomement des actes de provocation non-suivie d'effet, qu'il convient d'étudier lorsque l'on s'interroge sur la provocation au terrorisme sans l'entendre strictement comment celle – générale – punie par l'article 421-2-5 du Code pénal (§2).

§1. Des limites de la théorie de la complicité à la lumière de la provocation au terrorisme

Le droit pénal ne s'est jamais suffi de la seule théorie de la complicité pour appréhender le comportement de celui qui provoque à l'infraction. Dans de nombreuses matières, parmi lesquelles le terrorisme, celle-ci a rapidement montré des limites. Elles sont d'abord d'ordre théorique : il est difficile dans bien des situations de ne voir dans l'instigateur, dans le provocateur, qu'un participant

à l'infraction. Le propos est d'autant plus éloquent en matière terroriste, puisque l'œuvre de prosélytisme, de conviction et *in fine* de recrutement fait partie intégrante de l'entreprise criminelle (A). Les limites sont ensuite pratiques : la complicité implique un fait principal punissable, de sorte que celui qui provoque ne peut être puni qu'à la condition que de son comportement soit résulté un effet, à savoir le passage à l'acte de celui qu'il a provoqué (B).

A. Une limite d'ordre théorique à faire de l'instigateur un complice par définition

Nous soutenons qu'il est difficile de se contenter d'une assimilation absolue du provocateur au complice.

Sur le plan de la répression, le principe est celui de l'assimilation du complice à un auteur. L'article 59 de l'ancien Code pénal était ainsi rédigé : « Les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement ». Il se faisait la traduction du principe de l'emprunt de pénalité, c'est d'ailleurs à son propos que le Doyen Jean Carbonnier se laissait dire que « le complice est cousu dans le même sac que l'auteur principal »⁷⁹. Intact depuis la réforme du Code pénal, l'article 121-6 énonce désormais que sera puni comme auteur le complice de l'infraction. La nuance tient à ce que le complice est puni comme s'il avait été lui-même auteur de l'infraction et non comme l'auteur de l'infraction, il encoure les peines qui lui auraient été applicables s'il l'avait commise. C'est de cette règle que procède l'analyse du droit français de la complicité comme consacrant l'emprunt de la criminalité⁸⁰. Si l'on s'accommode de ce concept pour expliquer la répression que subit le complice, il est bien loin de laisser de marbre la doctrine majoritaire, laquelle réfute sa véracité absolue au regard de ce qu'il est attendu du complice pour que son acte de participation soit punissable. La théorie de la complicité par emprunt de criminalité souffre en fait de ce qu'elle postule que l'acte du complice est anodin, et ne devient illicite que par association avec un autre acte, celui de l'auteur principal, intrinsèquement criminel (au sens le plus large de la formule). Le professeur Robert oppose ainsi que « l'innocence intrinsèque supposée de l'acte du complice est (...) démentie par l'observation si l'on considère le cas de l'instigateur qui, les armes à la main, terrorise une personne intimidable pour qu'elle commette quelque méfait puisqu'alors, la source principale de la « criminalité » de l'opération commune est bien dans l'acte de cet instigateur, qui n'est pourtant qu'un complice »⁸¹. Il faut dire qu'il est bien plus simple de comprendre ces divergences lorsque l'acte du complice est un acte d'aide ou d'assistance qu'en présence d'une

⁷⁹ J. CARBONNIER, *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal*, JCP 1952, I, 1034.

⁸⁰ Le Professeur Garraud élaborait le concept (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3 : Librairie du recueil Sirey, 3e éd., 1916).

⁸¹ J.-H. ROBERT, JCl Pénal Code, Fasc. 20 : *Complicité*, LexisNexis, 2022.

provocation ou d'une instruction. Nous nous interrogeons en effet sur la question de savoir si un propos provocateur (prenant la forme d'une promesse, d'un ordre) peut, en soi, être perçu comme un acte intrinsèquement illicite au point de justifier une répression autonome même lorsqu'il n'est pas suivi d'effet. Une telle considération pousserait à réfuter l'assimilation absolue du provocateur au complice et justifierait l'existence d'incriminations autonomes de l'acte instigateur, provocateur, indépendamment alors de tout résultat. L'on peut soutenir que le propos de celui qui provoque autrui à une infraction peut être considéré comme suffisamment corrosif et dangereux pour créer en lui-même un risque, et ce risque de s'analyser comme un trouble à l'ordre public, de sorte que le comportement provoquant est lui-même empreint de criminalité, plus qu'il n'emprunte à la criminalité du fait principal qu'il aura induit. C'est la *ratio legis* des occurrences de provocation non-suivie d'effet qui peuplent le droit pénal contemporain, et que nous étudions ici en matière terroriste.

Les difficultés théoriques et pratiques à assimiler l'instigateur à un complice étaient très précisément mises en lumière par un auteur, Monsieur Biguenet⁸². Dans ses travaux consacrés à la question, il soutient que la discordance est avant tout sémantique, or le droit pénal « doit faire preuve de justesse et, par conséquent, ne connaître ni imprécision, ni insuffisance, ni excès »⁸³. Il est vrai que là où la notion même de complicité suggère une volonté de s'associer au comportement infractionnel, l'instigation s'entend d'une démarche véritablement initiatrice de celui-ci. L'étude est critique de l'assimilation de l'instigateur au complice, et procède d'une démarche inductive : sans le comportement du provocateur, il faut avoir à l'esprit qu'il n'y aurait point eu de passage à l'acte de l'auteur principal, pas de trouble à l'ordre public donc. L'auteur interroge alors les volontés différentes de l'instigateur et de l'auteur principal, pour dire la faute du premier (auteur moral) plus grave que celle du second (auteur matériel), distinction que ne permet pas l'assimilation à laquelle procède la complicité de droit commun. Il laisse ainsi entendre enfin que la théorie générale de la responsabilité pénale « veut qu'à la base de tout comportement reconnu comme étant criminel il y ait une volonté coupable déterminante »⁸⁴, et que « s'il est toujours, intellectuellement, l'auteur de l'infraction, l'instigateur n'en est pas l'auteur matériel à cause d'une incapacité physique (manque de force) ou psychique (manque de courage), mais le plus souvent par malice ou parce que son appétit criminel l'oblige à s'adjoindre des exécutants »⁸⁵. Cette étude, de laquelle on peut s'accommoder pour partie, en vient à réclamer la répression autonome de l'instigation.

⁸²J. BIGUENET, *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation*, Dr. pén. 2001, chron. 25.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

Toutefois, lorsqu'elle est ainsi autonomement appréhendée, l'instigation doit à notre sens l'être dans des conditions qui n'inquiètent pas les opinions et les simples propos évasifs, non circonstanciés. Or c'est à ce genre de critiques que s'expose le législateur contemporain quand il multiplie les occurrences de provocations non-suivies d'effet, puisqu'il n'y voit qu'une manière d'éviter les limites pratiques de la complicité : à savoir la nécessité d'un résultat, ou du moins d'un effet.

B. Une limite d'ordre pratique face aux nombreuses provocations non-suivies d'effet

La théorie de la complicité présente un écueil pour qui est attaché à la répression de l'état dangereux : elle repose sur un minimum d'extériorisation de la volonté délinquante. Lorsqu'elle se saisit de la provocation, elle suppose donc que celle-ci ait induit un certain fait matériel, que l'on qualifie d'effet. C'est ce qui explique la multiplication des incriminations autonomes de l'instigation, dans tous domaines (nous en avons déjà identifié). La politique criminelle en matière terroriste épouse parfaitement ce mouvement en ce qu'elle réduit progressivement la part de matérialité des incriminations, la théorie de la complicité s'est donc rapidement avérée insuffisante à la répression de la provocation au terrorisme.

Si l'infraction principale peut n'avoir été que tentée – la tentative doit alors être punissable – le commencement d'exécution⁸⁶ constitue un premier obstacle à la punition de celui qui aurait provoqué le comportement de l'auteur. Comment punir alors le comportement de celui qui provoque à un acte de terrorisme dans la situation où celui qui l'écoute n'emprunte le chemin prescrit ? L'obstacle est enjambé par l'entreprise de répression d'instigations autonomes.

Une autre difficulté résulte de la mobilisation de la seule complicité pour saisir le comportement provocateur : en plus d'être positif, antérieur ou concomitant, l'acte de complicité se doit d'être causal. Qu'il le fasse par aide, assistance, fourniture d'instructions ou provocation, le complice par son comportement doit avoir contribué à la réalisation de l'infraction, à défaut de quoi l'on ne constatera qu'une tentative de complicité, non punissable. Mais se pose la question de l'intensité de ce lien de causalité. *Quid* alors du complice de second rang – agent infractionnel relativement classique des groupes en droit pénal – que d'aucuns nomment le complice du complice ? Le lien de causalité entre l'infraction principale et l'acte de complicité doit-il être direct ? De ces interrogations générales propres à ce mode de participation criminelle, dépend l'analyse de la répression de la provocation au terrorisme et de l'opportunité de la dégager de la seule

⁸⁶ Identifié par la jurisprudence classique comme l'acte qui doit avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant entré dans sa période d'exécution (Cass. crim., 25 oct. 1962, *arrêts Benamar et Schieb et Lacour* : *Bull. crim.* n° 292 et 293).

complicité. La tendance prétorienne est à considérer que l'aide apportée au complice constitue la complicité, la chambre criminelle n'exigeant pas que les instructions soient données directement par leur auteur pour que la complicité de celui-ci soit légalement établie⁸⁷. La plus récente jurisprudence fixe la solution, empreinte de considérations tenant à l'état d'esprit du complice de second rang : « l'aide ou l'assistance apportée, en connaissance de cause, à l'auteur du délit, même par l'intermédiaire d'un autre complice, constitue la complicité incriminée par l'article 121-7 du Code pénal »⁸⁸. A l'inverse, l'aide, si elle est apportée au complice sans connaissance de ce qu'il est ou sera un complice, n'est pas constitutive d'une complicité⁸⁹.

L'obstacle que représente la réticence jurisprudentielle à punir le provocateur du provocateur – notons qu'elle l'est moins à reconnaître la complicité de complicité par aide ou assistance – permet encore à Monsieur Biguenet d'appuyer sa demande d'une instigation séparée de la complicité. Un tel changement de paradigme permettrait de mieux cerner les chaînes de complices, en présence non d'un mais de quelques provocateurs, sans distinction entre eux. Ainsi l'auteur de préconiser « l'avènement de la notion d'instigateur médiateur dans notre droit pénal », qui procéderait d'une approche réaliste des chaînes d'agents bien plus qu'elle reviendrait à « incriminer n'importe quel acte se rattachant à la commission de l'infraction car (...) l'instigation, qu'elle soit l'inspireur ou seulement le catalyseur de la volonté criminelle de l'auteur principal, doit présenter un caractère déterminant dans l'atteinte portée aux valeurs sociales par l'auteur principal »⁹⁰. Le propos trouve assurément un écho en matière terroriste, au vu du rôle central de l'entreprise de recrutement et des chaînes de prosélytistes.

C'est de ce constat des limites théoriques et pratiques induites par le seul recours à la théorie de la complicité pour punir l'instigateur que naît la tendance à l'infraction autonome. Si nous nous accordons sur le fait que celui qui provoque la situation infractionnelle en incitant son auteur matériel est peut-être plus qu'un simple associé, il convient de bien avoir à l'esprit qu'un système libéral se porte mieux à ne pas considérer démesurément la pensée criminelle plus grave que la réalisation matérielle de l'interdit. Aussi, si nous nous accommodons du constat de certaines limites pratiques au recours à la complicité, qui ne permet pas notamment de punir le provocateur en l'absence d'effet, il est important de comprendre pourquoi la répression requiert un résultat qu'est l'acte de l'auteur principal. Cela permet de mieux appréhender l'opportunité de chacune des

⁸⁷ Cass. crim., 30 mai 1989, n°89-81.578 : *Bull. crim.* n° 222 ; RSC. 1990, p. 325, obs. A. Vitu.

⁸⁸ Cass. crim., 5 juin 2019, n°18-80.783, Dr. pén. 2019, comm. 145, obs. Ph. Conte.

⁸⁹ Cass. crim., 10 oct. 1988, n°87-90.832, *Bull. crim.* n° 333 ; JCP G 1990, 21416, note C. Demidoff.

⁹⁰ J. BIGUENET, *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation*, Op. cit.

incriminations autonomes d'instigation, elles qui peuplent le droit criminel et notamment le droit antiterroriste.

§2. Des quelques incriminations autonomes mobilisables contre la provocation au terrorisme

La volonté d'endiguer le fait terroriste à sa source, sans attendre le passage à l'acte – en ce qu'il est, en matière terroriste, souvent grave et caractérisé par la massivité des dommages humains et matériels qu'il implique – a une traduction concrète en politique criminelle antiterroriste : l'augmentation du nombre des incriminations. Cette inflation est souvent occultée par ce qui s'analyse pourtant comme son corollaire : la procédure pénale très dérogatoire qui s'y applique⁹¹. A mesure que se multiplient les incriminations terroristes, le seuil d'intervention du droit criminel va en amont. La répression contemporaine de la provocation à l'acte de terrorisme s'inscrit exactement dans cette lignée, « animé par une volonté de répression préventive, le législateur remonte toujours plus loin dans *l'iter criminis* pour faire des actes antérieurs au passage à l'acte criminel autant d'infractions pénales »⁹². Un certain nombre d'infractions terroristes existent au Code pénal qui se suffisent pour leur constitution d'une maigre matérialité, et certaines d'entre elles, soit qu'elles soient extensives soit qu'elles punissent spécifiquement son comportement, permettent d'appréhender le provocateur. Ces infractions satisfont au moins ceux des auteurs qui réclament un changement de système en matière de complicité, au profit d'une « complicité délit-distinct »⁹³.

Ces incriminations autonomes de l'acte instigateur peuplent le droit criminel et spécifiquement le droit antiterroriste et doivent à notre sens être mentionnées et interrogées, ce pour deux raisons au moins. D'abord, parce qu'elles sont encore des occurrences de provocations punies autonomement, susceptibles de s'appliquer aux propos évoquant le terrorisme, leur étude nous donne meilleure connaissance de ce que le législateur entend par « provocation ». Ensuite, parce qu'elles gravitent autour de la provocation au terrorisme strictement entendue comme celle que réprime l'article 421-2-5 du Code pénal, elles doivent être interrogées quant à une possible coexistence (sauf à ce que le principe de la légalité soit si dévalué que la question des chevauchements ne se pose plus). Certaines permettent alors de réprimer le comportement provocateur de celui qui s'adonne au recrutement pour le terrorisme, soit qu'il le fasse dans le cadre

⁹¹ Le Professeur Alix souligne dans ses travaux cette tendance à concentrer l'étude du droit antiterroriste sur la procédure dérogatoire qui le caractérise : « Si la principale et la plus visible adaptation du droit pénal à la lutte contre le terrorisme réside dans l'instauration d'une procédure pénale dérogatoire, l'efficacité de cette dernière est subordonnée à l'étendue de son champ d'application. Conscient de ce lien, le législateur a procédé à l'extension de la notion de terrorisme en multipliant les incriminations d'actes de soutien au terrorisme. », (J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, dir. G. Guidicelli-Delage, Dalloz, 2010, §153 et s.).

⁹² J. ALIX, *Flux et reflux de l'intention en matière terroriste*, RSC, 2019 n° 2, pp. 505 s.

⁹³ P. CUCHE, *Une théorie nouvelle de la complicité* : thèse, Grenoble, 1896, n° 4.

d'une entente ou d'un groupement (A), soit qu'il le fasse sans résultat, moyennant exercice d'une pression sur la volonté du provoqué (B), soit qu'il le fasse à destination d'un public vulnérable par nature (C). D'autres encore punissent un acte de provocation très spécifique à une forme non moins spécifique de terrorisme (D).

A. Le provocateur désigné malfaiteur de l'association de terroristes

Celui qui provoque un autrui au comportement terroriste peut le faire dans le contexte d'un réseau relativement organisé. Il s'agit d'une réalité actuelle et le terrorisme islamique – des conséquences duquel procèdent indéniablement les lois antiterroristes les plus récentes – a pour particularité de mobiliser des adhérents par l'activité de ce qu'il est convenu de qualifier de cellules de recrutement. La provocation au terrorisme peut alors s'entendre du rôle de celui qui recrute pour le terrorisme, de sorte que d'autres infractions relèvent de notre étude. Nous y voyons davantage des provocations à « entrer dans le terrorisme »⁹⁴ que des provocations au terrorisme, mais puisque le législateur contemporain fait de cette seule entrée dans le terrorisme – par anticipation – un comportement susceptible de recevoir déjà une répression, la provocation est une provocation au terrorisme. Le provocateur peut alors sous certaines conditions devenir membre de l'association de terroristes pour le rôle qu'il y a joué.

L'association de malfaiteurs, infraction « symptomatique »⁹⁵ de la criminalité organisée, s'entend en matière terroriste du fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 du Code pénal⁹⁶. Il s'agit assurément d'un levier permettant d'appréhender sous l'angle d'une infraction autonome la provocation, l'incitation notamment par les mots à préparer des actes de terrorisme. C'est de cette infraction que peut répondre celui qui, en contact avec des membres de l'organisation terroriste *Al-Qaida*, recrute, organise et finance le transfert dans la zone pakistano-afghane, d'individus en vue de mener une lutte armée contre, notamment, la force internationale mandatée par l'Organisation des Nations Unies pour le maintien de la paix, et ce aux côtés de factions armées, condamnées par le Conseil de sécurité des Nations-Unies pour leur soutien matériel apporté à une organisation se livrant, à partir du territoire afghan, au terrorisme international⁹⁷. L'on peut dire de ce comportement qu'il entre dans le champ de la

⁹⁴ Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale – Terrorisme – Infractions*, Dalloz, 2020.

⁹⁵ Selon la formule du professeur Parizot, qui voit dans cette infraction l'archétype de la criminalité organisée, forme de délinquance qu'elle étudie dans ses travaux de thèse comme mettant à l'épreuve la responsabilité pénale et les canons de la matière (R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010).

⁹⁶ Art. 421-2-1 C. pén.

⁹⁷ Cass. crim., 23 mai 2012, n°12-80.328.

provocation au terrorisme, l'agent provoque l'adhésion au groupe terroriste, le ralliement à la cause et aux actes infractionnels qui la défendent. L'association de terroristes est donc une infraction à ne pas omettre en ce qu'elle peut inquiéter certains types de provocations, commises pour le compte d'un groupement ou d'une entente. Elle s'appliquera sans mal à ceux qui composent les filières de recrutement, qui administrent et animent des forums en ligne, et qui dans ce cadre – et dans ce cadre collectif seulement⁹⁸ – commettent des actes de recrutement, prennent part aux préparatifs d'actions terroristes, ont en fait provoqué à la réalisation des futures actions du groupe, le tout intentionnellement⁹⁹.

Mais il n'est à notre sens pas possible d'y voir une véritable pénalisation de l'incitation au terrorisme. Il s'agit bien moins d'une provocation *stricto sensu* que d'une incrimination au champ d'application plus que large¹⁰⁰, laquelle peut s'appliquer au comportement de celui qui commettrait des provocations dans le cadre d'une association mais qui œuvrerait également à la préparation d'actes infractionnels. C'est précisément ce que soulignèrent ceux qui eurent à étudier l'impact du projet qui allait accoucher de la loi du 13 novembre 2014 : « le plus souvent, la provocation ou l'apologie des actes de terrorisme ne sont pas le but des organisations ou personnes administrant ces sites ou forums mais sont des faits caractérisant le recrutement d'individus pour le *djihad* armé, comportement qui peut recevoir la qualification d'une association de malfaiteurs. Or, la seule incitation à commettre des actes de terrorisme ne peut être appréhendée par le biais de l'association de malfaiteurs »¹⁰¹. A la lecture de telles considérations, la voie était ouverte à un transfert au Code pénal du délit de provocation au terrorisme pour que celle-ci soit punie parmi les actes de terrorisme, de manière autonome, qui plus est allégée de la condition de publicité. D'autres infractions relatives au recrutement et pouvant saisir la provocation par les mots sont venues compléter le sévère dispositif avant même que ce transfert ne soit opéré.

⁹⁸ Rappelons toutefois que le groupement ou l'entente n'a pas à témoigner d'une organisation équivalente à celle de la bande au sens du droit pénal.

⁹⁹ Encore faut-il, ainsi que le rappelle la chambre criminelle, caractériser dans l'esprit de l'agent cette participation volontaire au groupement doublée d'une connaissance de ce que celui-ci œuvre à la préparation de l'acte de terrorisme, n'est toutefois pas requise une connaissance concrète et précise de l'acte projeté : Cass. crim., 20 févr. 2019, n°18-81.096, Dr. pén. 2019, comm. 81., obs. Ph. Conte).

¹⁰⁰ Emprunte comme « toute incrimination d'association de malfaiteurs », selon le professeur Philippe Conte, de « malléabilité » (v. note sous Cass. crim., 20 févr. 2019, n°18-81.096, Dr. pén. 2019, comm. 81).

¹⁰¹ Etude d'impact, Projet renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 8 Juill. 2014, p. 44. Les rédacteurs rappellent à titre d'exemple que la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a pu prononcer l'annulation de la mise en examen d'un modérateur de site promouvant le *djihad* « au motif que ces faits constituaient en réalité le délit de provocation aux actes terroristes ou d'apologie de ces actes, délit de presse puni de cinq ans d'emprisonnement par le sixième alinéa de l'article 24 de la loi de 1881, infraction pour laquelle il n'avait pas été mis en examen » (CA, Paris, 17 déc. 2010).

B. Le provocateur désigné recruteur indépendamment de tout effet

Avant même ladite entreprise de désécialisation, une autre forme de provocation au terrorisme existait déjà au Code pénal, que l'on identifie dans le délit qu'il est convenu de qualifier de recrutement pour le terrorisme. Le provocateur s'expose encore à d'autres incriminations, et ce même lorsque son prosélytisme n'a été suivi d'aucun effet. Est ainsi incriminé « le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 (...) même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet »¹⁰². Assurément, c'est un acte de provocation qui est ici appréhendé par le droit pénal, tant et si bien que des auteurs y voient un article participant de la répression de l'incitation au terrorisme¹⁰³. Introduit par la loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, le délit était réclamé par la législation européenne¹⁰⁴.

Nous sommes, encore, davantage en amont de l'implication du provocateur, puisqu'il n'est ici pas nécessaire que sa provocation soit suivie d'effet. En d'autres termes, là où l'association de malfaiteurs peine à réprimer le comportement prosélyte qui ne suscite pas d'adhésion chez le destinataire des propositions¹⁰⁵, cet article se passe de l'exigence d'un tel résultat ; en cela, il est incontestablement une infraction obstacle. Est ainsi punie de manière autonome la simple provocation à l'association de terroristes, la tentative infructueuse de recrutement. Cette provocation doit tout de même revêtir un certain appareil, et consiste dans des offres, promesses, dons ou avantage quelconques, en des menaces ou en des pressions¹⁰⁶, elle est donc de ces provocations graves et circonstanciées destinées à faire pression sur la volonté de l'agent¹⁰⁷. Nous aurons reconnu dans cette occurrence de provocation la structure de l'incrimination contenue à l'article 221-5-1 du Code pénal, dite du mandat criminel, consistant dans une incitation à commettre

¹⁰² Art. 421-2-4, C. pén.

¹⁰³ Ainsi de la classification des infractions terroristes par les Professeurs Matsopoulou et Lepage (A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., PUF, 2015), ainsi encore de celle proposée par le Professeur Dreyer (E. DREYER, *Droit pénal spécial*, 1^e éd., LGDJ, Manuel, 2020).

¹⁰⁴ La décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme enjoint chaque État membre de prendre « les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme des infractions liées aux activités terroristes les actes intentionnels suivants: a) la provocation publique à commettre une infraction terroriste; b) le recrutement pour le terrorisme; (...) ». Notons que cette décision-cadre est la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005.

¹⁰⁵ L'impossibilité de répondre par l'incrimination de l'associations de malfaiteurs terroriste à la situation d'un recrutement non-suivi d'effet n'était pointée que par le Sénat, mais elle motiva *in fine* l'introduction de cette incrimination spécifique d'instigation.

¹⁰⁶ Le Professeur Rassat y voit une pression opérée par le truchement de la cupidité ou de la crainte (M-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 8^e éd., Dalloz, Précis, 2018).

¹⁰⁷ A l'instar de la provocation du complice de droit commun, avec laquelle l'incrimination de l'article 421-2-4 partage les adminicules du don et de la promesse.

un assassinat ou un empoisonnement, lorsque celui-ci n'a pas été commis ou même tenté¹⁰⁸. Elle est en assurément inspirée.

Mais il faut bien voir que l'utilité d'une telle incrimination a toujours été mise en doute. La lettre même du texte trahit la faiblesse de l'infraction : puisque celle-ci ne s'entend que d'une provocation non-suivie d'effet – rappelons que si effet il y a, notre recruteur devient membre de l'association de malfaiteurs terroriste – nul besoin pour le législateur de dire l'acte punissable « même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet ». C'est en tout cas l'analyse proposée par le Professeur Rassat, ainsi l'auteur de souligner encore très justement que « la rédaction implique qu'il s'agit d'une provocation directe (“une personne”) et ne s'appliquerait donc pas à des diffusions dans le but de recruter »¹⁰⁹.

Enfin, l'article est d'autant plus désuet qu'existe désormais une provocation directe, publique ou non, suivie ou non d'effet, assez extensivement entendue, celle contenue à l'article 421-2-5 du Code pénal. Ce transfert au Code pénal d'une plus large provocation au terrorisme vide de sa maigre substance l'article 421-2-4 du Code pénal, ce que ne manqua pas de rappeler la députée Isabelle Attard devant la représentation lorsque l'Assemblée nationale eut à connaître de ce qui deviendrait la loi du 13 novembre 2014¹¹⁰. Elle soutenait que le délit de recrutement est « à cheval entre l'article 421-2-1 du code pénal, qui permet d'appréhender les actes commis dans le but de recruter des personnes pour participer à des actes terroristes, et le délit de provocation non-publique au terrorisme » contenu dans l'article 421-2-5 du Code pénal, et réclamait son abrogation. La députée n'a pas été entendue, son opinion épousait pourtant celle de tout légaliste, soucieux de se prémunir de multiples délits se recoupant les uns les autres autant que d'incriminations trop précoces sur l'*iter criminis*. Surtout, « de la participation au recrutement, la nuance est subtile, qui ne sert pas forcément le principe de la légalité. Mais la volonté de ne rien négliger des relais terroristes a été plus forte, jusqu'à concevoir ce qui s'apparente à une tentative d'infraction-obstacle, une tentative d'infraction terroriste par association »¹¹¹. L'argument tiré de la professionnalisation de certains prosélytistes agissant notamment dans la sphère sectaire et du réalisme à réprimer ainsi le recrutement même infructueux¹¹² pèse, à notre sens, très peu lourd face à la gravité de la répression

¹⁰⁸ Cette incrimination d'ailleurs, est l'archétype de l'entreprise d'autonomisation de certaines provocations qui pallie l'impossibilité de punir la complicité en l'absence de passage à l'acte de l'auteur principal. Pour une analyse plus complète du crime : A. PONSEILLE, *L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, Dr. pén. 2004, étude 10.

¹⁰⁹ M-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Op. cit.

¹¹⁰ V. A.N, déb., XIV^{ème} législature, 2013-2014, 17 sept. 2014, 2^{ème} séance.

¹¹¹ Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale – Terrorisme – Infractions*, Dalloz, 2020.

¹¹² Position tenue notamment par le président de la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Miviludes) Serge BLISKO (cité par D. GUERIN : JCl Pénal Code, Fasc. 20 : *Les actes de terrorisme*, LexisNexis, 2022).

que fait encourir le délit, puni d'une peine de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende à titre principal¹¹³.

S'est encore ajouté à la suite de l'article 421-2-4 du Code pénal un nouveau crime, à l'adresse de ceux qui provoquent au terrorisme, par le recrutement d'un public particulièrement vulnérable : les mineurs. L'on nourrit encore l'entreprise d'autonomisation des provocations, et celles-ci peuvent à nouveau consister en des propos.

C. La provocation de mineurs à la participation au groupement terroriste

Plus loin encore dans la spécificité de la provocation et dans la gravité de la répression, la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a introduit à la suite de cette infraction, dans un article 421-2-4-1 du Code pénal, un nouveau crime. Est ainsi puni de quinze ans de réclusion criminelle et 225 000 euros d'amende le fait pour une personne ayant l'autorité sur un mineur de le faire participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme. Si des doutes peuvent être émis sur l'opportunité d'un tel ajout – d'aucuns se seraient satisfaits d'une circonstance aggravante ajoutée à l'article 421-2-4 du Code pénal – il faut bien voir que le délit permet notamment d'appréhender la situation dans laquelle un jeune mineur non discernant serait recruté et participerait de l'association de terroristes, sans que ne soit requis l'un quelconque des adminicules de l'article 421-2-4 qui le précède. L'incrimination permet donc de réprimer celui qui provoque le mineur à entrer dans le terrorisme sans qu'il ne soit requis de lui une véritable pression, pression déduite en fait de cette seule situation d'autorité de l'auteur sur le mineur. Le Professeur Mayaud y reconnaît pour sa part une infraction de terrorisme par incitation parentale¹¹⁴.

« Faire participer »¹¹⁵ le mineur revient en fait à provoquer la réalisation de l'infraction, peut-être plus d'ailleurs qu'à le provoquer à la réalisation de l'infraction, puisque l'auteur ayant autorité sur l'exécutant mineur n'aura que très peu de mal à le convaincre voire à le contraindre à l'action terroriste. En cela ce crime réprime à titre autonome une véritable instigation de l'acte de terrorisme qu'est l'association de malfaiteurs et non une simple provocation d'un autrui à ce qu'il commette

¹¹³ Art. 421-2-4 C. pén.

¹¹⁴ Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale – Terrorisme – Infractions*, Dalloz, 2020.

¹¹⁵ La formule n'est pas sans rappeler celle de l'incrimination du génocide. Est génocidaire selon l'article 211-1 du Code pénal celui qui commet ou fait commettre en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes énumérés. C'est un choix français que de punir au titre du génocide le fait de faire commettre (éventuellement par provocation, instruction, et quel que soit le degré de l'instruction), et d'ainsi faire de ce qui ne pourrait constituer en droit commun que de la complicité, une qualité d'auteur. Il n'y a pas d'équivalent dans la Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948.

ledit acte. L'implication est ici nette dans la réalisation de l'infraction, et la notion d'auteur moral prend un véritable sens. C'est peut-être, avec la vulnérabilité présumée du mineur et son obéissance à l'autorité, ce qui justifie l'existence autonome de cette instigation spécifique.

Le comportement provocateur peut ainsi, lorsqu'il recouvre certains aspects ou vise un autrui spécifique (ainsi du mineur), être puni par le droit antiterroriste sous l'angle du recrutement. D'autres instigations spécifiques existent encore au Code pénal, qui gravitent autour de notre provocation *stricto sensu*, il faut les considérer avant d'étudier celle-ci.

D. Provocations à des actes de terrorisme spécifiques

D'autres provocations existent en tant qu'incriminations autonomes et peuvent devenir des actes de terrorisme à part entière. Leur étude nous conduit à quitter la sphère des incriminations terroristes autonomes (autonomie ici entendue par rapport à la relation avec une entreprise terroriste, nous restons dans le giron de l'incrimination autonome de la provocation), pour gagner l'article 421-1 du Code pénal. En tête du Titre II relatif au terrorisme, premier des actes de terrorisme accueillis par le Chapitre premier, cet article qualifie d'actes de terrorisme un certain nombre d'infractions lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Nous avons donc ici des infractions de terrorisme par référence¹¹⁶, dérivées¹¹⁷, ou par finalité¹¹⁸. Cette dernière formulation est, notons-le, contredite par la récente jurisprudence qui se passe de l'exigence d'une finalité terroriste des agissements reprochés¹¹⁹, confortant le professeur Conte dans son explication du présent article par l'emploi de la notion d'élément qualifiant¹²⁰. Il nous faut donc noter que n'est requise de l'agent qu'une intention de commettre l'infraction initiale, doublée d'une connaissance de ce qu'il était en relation avec l'entreprise terroriste, reléguant le but terroriste au rang du simple mobile.

Toujours est-il que, parmi ces infractions qualifiées de terroristes à de telles conditions – abstraites selon le professeur Conte – l'on compte « les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies par les articles (...) 322-6-1 (...) du présent code, (...) L. 2342-57 à L.2342-62 (...) du code de la défense (...) »¹²¹. Au beau milieu d'une redoutable liste, est cité l'article L.2342-61 du Code de la défense, lequel sanctionne pénalement une véritable

¹¹⁶ M. VERON, *Droit pénal spécial*, 17^e éd., Sirey, 2019 ; Ch. ANDRE, *Droit pénal spécial*, Op. cit.

¹¹⁷ Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale – Terrorisme – Infractions*, Dalloz, 2020.

¹¹⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 9^e éd., Dalloz, Hypercours, 2020.

¹¹⁹ Ph. CONTE, Dr. pén. 2017, comm. 35, note sous Cass. crim., 10 janv. 2017, n°16-84.596.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Art. 421-1, 4^o, C. pén.

provocation qui, puisque potentiellement qualifiée de terroriste lorsque réalisée dans les circonstances précitées, participe de notre panel. Il réprime « le fait de provoquer, d'encourager ou d'inciter quiconque de quelque manière que ce soit à commettre les infractions prévues aux articles L.2342-57, L.2342-58 et L.2342-60, lorsque ce fait a été suivi d'effet »¹²². Provoque donc au terrorisme celui qui, en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, provoque autrui à l'emploi d'une arme chimique ou d'un produit chimique d'un certain type à des fins illicites, ou à la conception, la construction, l'utilisation d'une installation de fabrication d'armes chimiques ou de leurs minutes, mais encore à la mise au point, détention, conservation, acquisition d'armes chimiques ou de produits chimiques illicites. Lorsque l'auteur matériel de l'acte commet son forfait, le provocateur encoure les mêmes peines que ce premier, et celles-ci sont très lourdes¹²³. Mais plus encore, si celui qui fut provoqué ne passe pas à l'acte indépendamment de la volonté du provocateur, ce dernier s'expose tout de même à sept ans d'emprisonnement et à une amende de 100 000 euros¹²⁴. Constitue donc un acte de terrorisme, lorsque les circonstances permettent d'ainsi le qualifier, un acte tout à fait spécifique lié à la provocation à l'emploi ou à la création de moyens chimiques de commettre des méfaits. L'on pourrait s'étonner que cet article L.2342-1 ne soit pas expressément exclu, puisqu'il punit lui-même une provocation, de sorte que cette même provocation entre dans le giron des actes de terrorisme, dont la provocation est-elle-même autonomement réprimée notamment par l'article 421-2-5 du Code pénal. C'est l'écueil qu'implique la multiplication de ces incriminations par renvoi, l'emploi des listes en droit pénal et, plus avant, les législations surabondantes et hâtives.

Mentionnons encore parmi ces provocations que l'article 421-1 du Code pénal qualifie d'actes de terrorisme celle de l'article 322-6-1 du Code pénal, laquelle consiste dans le fait de « diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matières nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole »¹²⁵. Le méfait est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45

¹²² Art. L.2342-61, C. défense.

¹²³ Les infractions contenues aux articles L.2342-57, L.2342-58 et L.2342-60 du Code de la défense font respectivement encourir à titre principal la réclusion criminelle à perpétuité et une amende de 7 500 000 euros ; la réclusion criminelle à perpétuité et une amende de 7 500 000 euros ; la réclusion criminelle pour vingt ans et une amende de 3 000 000 euros.

¹²⁴ Art. L.2342-61, al. 2, C. défense.

¹²⁵ Art. 322-6-1, C. pén.

000 euros d'amende, et de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende¹²⁶ s'il est commis par le truchement d'un réseau de communication électronique à destination d'un public non déterminé. Nos propos précédents peuvent être ici encore mobilisés : la politique d'anticipation conjuguée à l'entreprise d'autonomisation des provocations conduit à potentiellement faire d'une diffusion un acte de terrorisme, acte dont certains articles répriment autonomement ... la provocation.

La matière terroriste n'échappe donc pas – et contribue même à les banaliser – aux tendances contemporaines du législateur pénal à se départir des canons de la responsabilité pénale et des modes traditionnels de participation criminelle. Comme dans bien d'autres domaines, le législateur s'est affranchi des limites intrinsèques de la théorie française de la complicité, trop empreinte de matérialité, pour repenser la répression de l'auteur moral par la création de multiples incriminations autonomes de provocation. Ce concept même de l'auteur moral n'est pas sorti indemne d'une telle entreprise, puisque l'étude de ces différentes provocations autonomes montre certains des écueils qu'elles présentent, nous constatons notamment que le législateur cherche quelle doit être l'intensité de la provocation, la forme qu'elle doit revêtir ainsi que les personnes qu'elle doit viser, pour justifier ainsi une répression autonome.

Mais si ce système conjugait complicité de droit commun, particularisée si publique directe et suivie d'effet, et infractions autonomes de provocations spécifiques au terrorisme (ou applicables au terrorisme), l'essentiel du contentieux n'était pas là. La provocation la plus courante, celle non suivie d'effet, et l'apologie – non moins courante – constituaient des délits de presse, prévus et réprimés sous l'angle de cette infraction autonome de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Un transfert s'est alors opéré pour que la provocation intègre les infractions terroristes, elle n'a plus à être publique et peut être suivie d'effet ou non, elle représente en fait une incrimination générale de provocation privée comme publique, qui n'a qu'à être directe.

¹²⁶ L'infraction est née de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, elle a été modifiée et sa répression aggravée par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

CHAPITRE II. LA PROVOCATION AU TERRORISME SEPARÉE DES DELITS D'OPINION

La provocation, lorsqu'elle ne s'inscrit pas dans une entreprise de recrutement, ou ne se mue pas en une incitation spécifique propre à la réalisation d'actes de terrorisme tout aussi spécifiques, peut-elle être perçue comme constituant, *per se*, un acte de terrorisme ? La parole provocatrice est-elle une infraction terroriste ? C'est toute la question de l'existence, au Code pénal, d'une incrimination générique de provocation au terrorisme. L'état actuel de la législation antiterroriste veut que l'on y réponde par l'affirmative.

La lutte contre les nouvelles formes de terrorisme s'est traduite, sur le plan de la politique criminelle, par une anticipation dans l'intervention du juge pénal. Des actes de plus en plus précoces font l'objet d'une répression autonome, et il en est ainsi des actes de soutien au terrorisme¹²⁷. La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a alors fait œuvre de déspecialisation, en transférant le délit de presse contenu à l'alinéa 6 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dans le Chapitre II du Code pénal consacré aux actes de terrorisme. Ledit article portait l'incrimination autonome de la provocation directe et publique, non suivie d'effet, des actes de terrorisme, il en faisait un délit de presse. Cette provocation est désormais, *per se*, un acte de terrorisme au même titre que ceux qui composent ce chapitre (une distinction existe tout de même qu'a faite remarquer le Conseil constitutionnel mais qui n'a que peu de conséquences en procédure). Le délit est prévu et réprimé par l'article 421-2-5 du Code pénal.

Loin d'être anodin, ou symbolique – tel est pourtant, aussi, l'un des enjeux des lois antiterroristes, empreinte indélébile de la réaction de l'Etat aux événements graves qui marquent sa population – ce transfert est motivé par des considérations répressives concrètes qui ne sont pas dissimulées (Section 1). Surtout, le transfert emporte une nette extension, celle-ci moins assumée, du champ d'application du délit, dont la lettre est à notre sens lacunaire et ne présente que l'avantage d'en faire un couteau suisse d'apparence face à nombre de provocateurs (Section 2).

¹²⁷ Selon la formule mobilisée par le professeur Alix (J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, Op. cit.).

Section 1. Un transfert au Code pénal motivé par des considérations répressives

Il est établi que l'œuvre de déspecialisation de la provocation au terrorisme qu'induit son transfert au Code pénal est guidée par une volonté répressive, et a concrètement aggravé la répression. Si l'idée que la prévention et la répression du terrorisme passent également par l'endiguement de ceux qui y provoquent n'est pas neuve, le changement de paradigme consiste dans le fait d'y voir un aspect de l'arsenal infractionnel antiterroriste plutôt qu'un propos illicite réprimé à ce titre comme un délit d'opinion lorsqu'exprimé publiquement. Cette nouvelle vision de la provocation au terrorisme procède selon nous d'une volonté de s'aligner sur les exigences internationales, quitte à les dépasser (§1) ; ainsi que sur une perception renouvelée de la dangerosité d'un propos en lui-même (§2).

Notons, à titre liminaire, que la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a fait l'objet d'une procédure accélérée engagée par le Gouvernement¹²⁸. Certains membres, seulement, de la représentation nationale s'en sont émus¹²⁹, mais les pas de côté à la réflexion de fond et au temps long qu'implique un débat raisonné sont peut-être devenus légion en matière antiterroriste. La Commission nationale consultative des droits de l'homme interpellait également sur cette regrettable célérité¹³⁰.

§1. Un alignement sur les exigences européennes de répression de l'incitation

Le droit pénal spécial échappe difficilement à l'internationalisation du droit criminel dans son ensemble. Le droit pénal international classiquement entendu a pour premier rôle celui de penser les règles applicables à la répression des infractions qui présentent un caractère d'extranéité, et dont la répression nécessite un contact avec une souveraineté étrangère. Il confronte alors les droits pénaux, plus haute expression de ladite souveraineté. Les préoccupations de cette matière

¹²⁸ Le Gouvernement avait engagé la procédure accélérée pour le projet de loi, le 9 juillet 2014. Celui-ci a été adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, le 18 septembre 2014, puis par le Sénat le 16 octobre 2014, qui y a apporté de significatives modifications. Après proposition d'un nouveau texte par la Commission mixte paritaire, le projet a été adopté le 29 octobre 2014 par l'Assemblée nationale et le 4 novembre 2014 par le Sénat. La loi n°2014-1353 a été promulguée le 13 novembre 2014, publiée au Journal officiel le 14 novembre 2014.

¹²⁹ La sénatrice Eliane Assassi dénonçait ainsi un mépris du débat démocratique : « Pour notre part, nous pensons que la réflexion doit être de mise. Si nous regrettons le recours à la procédure accélérée sur un sujet aussi complexe et, vous l'avez dit, monsieur le ministre, aussi sensible, c'est parce qu'il s'agit d'adopter des mesures par définition attentatoires aux libertés individuelles et souvent dérogoires au droit commun. N'oublions pas que l'appréhension étatique de la question terroriste met toujours en danger les fondements mêmes de notre démocratie » (V. SEN., déb., XIV^{ème} législature, 2013-2014, 15 oct. 2014).

¹³⁰ Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Ass. plén., 25 sept. 2014 : « la procédure accélérée ne permet pas un fonctionnement normal du Parlement, dès lors qu'elle restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique, et nuit par ricochet à la qualité de la loi ».

ont épousé les époques changeantes pour accompagner l'évolution des modes de vie et de circulation, et l'aspiration croissante à la reconnaissance et au respect des droits fondamentaux de l'Homme. Tout cela relève d'un droit pénal international classique duquel la coopération pénale internationale constitue un sous-ensemble.

Le phénomène de la délinquance transfrontalière et internationalisée a favorisé de longue date ce constat d'une coopération nécessaire entre les Etats et leurs systèmes répressifs. Les accords tendant à la coopération judiciaire ne sont donc pas récents, mais la teneur de leur influence sur les droits pénaux nationaux a évolué¹³¹. Pour le dire succinctement, l'opération de coopération pénale n'a induit, pendant un temps, que la coexistence de droits répressifs quasiment inchangés substantiellement et de dispositifs internationaux opérants sur le plan notamment procédural (ainsi de l'extradition). Mais le besoin d'harmonisation a donné une nouvelle signification et une nouvelle réalité à l'internationalisation du droit pénal, l'idée dominante désormais que la coopération pénale internationale « ne peut fonctionner efficacement que sur des bases communes minimales (...). Les normes d'incrimination, à défaut des normes de pénalité, font ainsi l'objet d'alignements de plus en plus nombreux »¹³².

Parmi ce qu'elle identifie comme les procédés de l'internationalisation du droit pénal, le Professeur Malabat désigne ce rapprochement des droits pénaux internes comme élément de « l'internationalisation pour la répression », mais s'interroge : « le rapprochement des législations peut-il (...) suffire dans une discipline dominée et qui doit être dominée par le principe de la légalité pour garantir au justiciable l'accessibilité du droit et sa certitude ? »¹³³. Il est vrai que toutes les familles d'incriminations ne sont pas sorties indemnes de leur internationalisation¹³⁴, et les infractions terroristes n'échappent aucunement à cette influence internationale. L'incrimination de la provocation au terrorisme est ainsi directement préconisée par le droit international européen antiterroriste (A), mais la France a sûrement dépassé les exigences du dispositif préventif (B).

A. L'incitation, préoccupation du dispositif européen de prévention du terrorisme

Dès 1937, la Société des Nations concluait une convention internationale relative au terrorisme, et celle-ci s'entendait déjà des deux volets préventif et répressif¹³⁵. Outre la définition du terrorisme proposée en son article premier, le traité énumère des faits dont les Etats contractants

¹³¹ Pour une approche détaillée des facteurs d'évolution du droit pénal international ainsi entendu : v. L. ARROYO ZAPATERO, *L'harmonisation internationale du droit pénal*, Trad. par J. Tricot, RSC 2011. 557, Dalloz.

¹³² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Op. cit., p.425.

¹³³ V. MALABAT, *Les procédés de l'internationalisation du droit pénal : Rapport de synthèse*, Dr. pén. 2006, étude 17.

¹³⁴ Les auteurs citent souvent à titre d'exemple la complexification de l'infraction de corruption.

¹³⁵ Convention de Genève pour la prévention et la répression du terrorisme, Genève, 16 nov. 1937, n°C.546.M.383.1937.V.

doivent faire des actes de terrorisme en son article deuxième, avant de prévoir en son article troisième que « chacune des Hautes Parties contractantes doit également prévoir dans sa législation les faits suivants s'ils sont commis sur son territoire en vue d'actes de terrorisme visés à l'article 2, dirigés contre une autre Haute Partie contractante, en quelque pays que ces actes doivent être exécutés : (...) »¹³⁶. Sont alors visées l'instigation suivie d'effet à ces actes de terrorisme, ainsi que l'instigation directe publique à certains des ces actes, qu'elle soit ou non suivie d'effet. Ce traité n'est jamais entré en vigueur, mais il nous permet de comprendre que la politique criminelle antiterroriste s'est rapidement entendue d'une impulsion internationale, de même qu'elle a de longue date comporté un volet préventif duquel procède notre tendance à l'anticipation de la répression. L'on remarque aussi que le terme instigation est préféré à celui de provocation, et que celle-ci n'est pas un acte de terrorisme mais un fait commis en vue d'actes de terrorisme. Elle a, du reste, connu un véritable tournant à la suite des attentats new-yorkais du 11 septembre 2001¹³⁷.

Depuis, la tendance est restée à la prescription par les législations internationales de la pénalisation des provocations parmi les mesures de prévention du phénomène terroriste. Dès les jours qui suivent les événements précités¹³⁸, puis en 2005¹³⁹, le Conseil de sécurité des Nations unies adopte des résolutions qui, dans ce nouveau contexte de lutte antiterroriste, visent notamment la provocation. Cette dernière résolution « appelle tous les États à adopter des mesures qui peuvent être nécessaires et appropriées et sont conformes aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, pour : a) Interdire par la loi l'incitation à commettre un ou des actes terroristes »¹⁴⁰. L'incitation, action de pousser à faire quelque chose, est encore l'expression préférée à celle de provocation.

C'est surtout, à l'échelle régionale, le droit européen qui se veut le moteur d'une politique criminelle antiterroriste harmonisée. L'Union européenne tend au rapprochement des définitions des infractions terroristes entre ses membres. Elle prescrivait, dès 2002¹⁴¹, à l'endroit de chaque État membre, de prendre les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait d'inciter à

¹³⁶ Op. cit., Art. 3.

¹³⁷ Luis Arroyo Zapatero analyse ainsi le tournant induit par ce dramatique événement : « Le terrorisme international d'empreinte régionale ou planétaire fait irruption sur la scène avec les attentats du 11 septembre 2001 et ceux qui ont suivis tant en « lieu sûr » comme à New York, Paris, Madrid ou Londres ou bien là où le risque est séculaire comme au Moyen Orient, où la guerre illégitime a fait de l'Irak la plus grande victime du terrorisme et dans le même temps la plateforme d'une grande part de sa logistique. Plus encore, ce qui a toujours été une exception s'est érigé en règle car dès lors que le terroriste est prêt à mourir la théorie de la sécurité et de la prévention du crime se révèle mal armée » : (L. ARROYO ZAPATERO, *L'harmonisation internationale du droit pénal*, Op. cit.).

¹³⁸ Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations unies, 28 sept. 2001.

¹³⁹ Résolution 1624 (2005) du Conseil de sécurité des Nations unies, 14 sept. 2005.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme, 13 juin 2002, Art. 4.

commettre une infraction terroriste, relative à un groupe terroriste ou liée aux activités terroristes. Le dispositif est modifié en 2008¹⁴², et prescrit d' « inclure la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme, lorsqu'ils sont commis intentionnellement ». La provocation publique est alors entendue comme « la diffusion ou toute autre forme de mise à la disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises ». Il est apporté une nuance – en forme de garde-fou – pour dire le dispositif compatible avec la liberté d'expression, ainsi est-il précisé que l'expression d' « opinions radicales, polémiques ou controversées dans le cadre d'un débat public sur des questions politiquement sensibles, y compris le terrorisme, ne relève pas du champ d'application de la présente décision-cadre ni, en particulier, de la définition de la provocation publique à commettre des infractions terroristes »¹⁴³. Telle qu'envisagée par l'Union européenne, la provocation au terrorisme n'est pas un abus de liberté d'expression sur le sujet sensible qu'est le terrorisme mais la préconisation en conscience par un individu de commettre des infractions terroristes, génératrice d'un véritable risque pour l'ordre public. Il s'agit en fait de la reprise exacte de la définition proposée en 2005 par le Conseil de l'Europe dans sa Convention de Varsovie¹⁴⁴.

Les institutions européennes ont donc de longue date averti les Etats sur la nécessité, dans la lutte contre le terrorisme, d'anticiper les troubles graves qu'il peut causer en se souciant des comportements satellites¹⁴⁵, parmi lesquels l'incitation au terrorisme et la provocation publique au terrorisme. Or nous l'avons vu, le dispositif français prend classiquement en compte le comportement du provocateur, c'est pourtant pour satisfaire un prétendu alignement avec les exigences supranationales que la loi du 13 novembre 2014 a été adoptée, moyennant, à notre sens, dépassement des exigences réellement portées par ces institutions.

B. Une pénalisation de la provocation au-delà des exigences internationales

C'est en effet de ce dispositif européen harmonisé que se réclame le Gouvernement lorsqu'en 2014, il porte le projet de loi qui propose le transfert de la provocation vers le Code pénal. Bernard Cazeneuve, alors ministre de l'Intérieur, soutenait ainsi devant le Sénat que « parmi les

¹⁴² Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil de l'Union européenne modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, 28 novembre 2008.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196), Varsovie, 16 mai 2005.

¹⁴⁵ La formule est employée par le professeur Dreyer (E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Op. cit.).

membres de l'Union européenne, la France est le seul pays dont la répression de la provocation aux actes de terrorisme, qu'elle soit directe ou indirecte, relève de la loi sur la presse et non du code pénal ou d'une législation anti-terroriste »¹⁴⁶, le ministre s'appuyant sur un rapport publié le 5 septembre 2014 par la Commission européenne, relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre le terrorisme.

Mais le respect des exigences européennes préétudiées commandait-il une telle évolution législative ? A notre sens, le dispositif français de répression de la provocation au terrorisme était en adéquation avant que ne soit envisagée sa réforme, en 2014. La provocation publique était bel et bien réprimée comme une infraction autonome par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et particularisée comme un cas de complicité par l'article 23 de la même loi lorsque suivie d'effet. L'incitation telle qu'entendue par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, était à notre sens comprise dans cette provocation, punie par les infractions de presse précitées lorsque publique, punie de plus au titre de la complicité de droit commun lorsque suivie d'effet, et même à titre autonome sans résultat requis par les incriminations que nous avons pu étudier ci-avant. Si la décision-cadre du 28 novembre 2008 préconise de faire de la provocation publique une infraction « liée aux activités terroristes »¹⁴⁷, rien ne semble à notre sens signifier qu'il faille en faire une incrimination terroriste. Plus encore, selon le Professeur De Lamy, n'existait ni obligation de transférer nos délits de presse dans le Code pénal, moyennant transformation de la provocation en infraction terroriste, ni obligation d'incriminer « l'apologie terroriste » en tant que telle¹⁴⁸.

Il est dès lors, selon nous, erroné de présenter la législation antiterroriste française comme esseulée, située en marge, et loin du compte dans son appréhension de la provocation au terrorisme. Ce fut pourtant le point d'orgue de la justification de la désécialisation du délit par ceux qui la portaient, la pénalisation de la provocation au terrorisme s'envisage en France, aujourd'hui, au-delà des prescriptions internationales. La rhétorique du respect desdites prescriptions cache surtout un changement de paradigme français, dans la perception même du risque pour l'ordre public que peut constituer un propos provocateur relatif au terrorisme par son contenu même.

¹⁴⁶ V. Sén., déb., XIV^{ème} législature, 2013-2014, 15 oct. 2014.

¹⁴⁷ Décision-cadre 2008/919/JAI, Op. cit., Art. Premier, 2. a).

¹⁴⁸ B. DE LAMY, *Des actes aux paroles ; des paroles aux actes (à propos des délits d'apologie et de provocation terroristes)*, Op. cit.

§2. Une répression guidée par une nouvelle perception de la provocation

Le transfert au Code pénal de la provocation – ayant entraîné dans sa chute l’apologie – procède et témoigne avant tout, à notre sens, d’un radical changement de perception de la dangerosité d’un propos en lui-même. Le droit pénal français était moins esseulé, en marge d’une politique criminelle européenne harmonisée, que fidèle à sa perception classique de la gravité intrinsèque que peut porter un acte d’expression. La loi sur la liberté de la presse est l’alliée de toujours de la liberté d’expression et de la tradition française à craindre les délits d’opinion, et à en sous-peser autant que faire se peut l’existence même. La présence en son sein de la provocation au terrorisme, départagée entre les articles 23 et 24 selon qu’elle soit ou non suivie d’effet, s’expliquait par ce que ce comportement était perçu comme un dépassement des limites entendables de la liberté d’expression, appelant une appréhension adaptée et proportionnée par le droit criminel substantiel et procédural.

Cette conception libérale des délits d’expression est alors totalement bouleversée en matière terroriste, et le changement de vue est assumé par les rédacteurs de la loi du 13 novembre 2014. Ainsi est-il répété, à qui veut bien l’entendre, dès l’exposé des motifs puis à plusieurs reprises devant la représentation nationale, qu’« il ne s’agit pas de réprimer des abus de la liberté d’expression, mais de sanctionner des faits qui sont directement à l’origine des actes terroristes et qui participent d’une stratégie médiatique élaborée par des groupes criminels »¹⁴⁹. Avant d’exposer plus avant les conclusions à tirer de l’emploi d’une telle formule par l’exécutif, il y a lieu de s’interroger : si les propos provoquant directement aux actes de terrorisme et ceux qui en font l’apologie doivent être déspecialisés en ce qu’ils ne sont pas des abus de la liberté d’expression, quel fondement textuel demeure qui permettrait désormais de réprimer de tels abus relatifs à la question du terrorisme ?

La formule est riche de conséquences, et implique de percevoir celui qui provoque directement au terrorisme comme un participant de l’infraction à laquelle il appelle. Le Professeur Alix souligne justement que « le déplacement de ces incriminations dans le Code pénal traduit une nouvelle extension de la conception du terrorisme. Désormais, le provocateur ou l’apologiste sont considérés comme des maillons de la chaîne terroriste, des terroristes en eux-mêmes »¹⁵⁰. Son degré d’implication est appréhendé d’une toute autre manière, il n’est plus un acteur extérieur qui, par des propos insupportables, porte atteinte aux consciences et alimente un climat délétère, source de tensions et de désordres dans le giron de la très sensible question du terrorisme. Ainsi, la « pénalisation du terrorisme tend désormais à embrasser la parole considérée comme terroriste en

¹⁴⁹ V. not. Exposé des motifs, L. du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

¹⁵⁰ J. ALIX, *La répression de l’incitation au terrorisme*, Gaz. Pal. 24 févr. 2015, n°213u6, p. 11.

elle-même et donc indépendamment de tout acte matériel autre que l'expression »¹⁵¹. A notre sens, il aurait mieux valu se contenter de dire que les propos provoquant directement au terrorisme sont directement à l'origine d'un risque de passage à l'acte de terrorisme, et non directement à l'origine de ces actes. Leur formule méconnaît une réalité criminologique : la difficulté à évaluer l'intensité du lien de causalité entre une provocation et la survenance de ce à quoi elle provoque ; et une réalité pratique : les provocations sont dans leur écrasante majorité non-suivies d'effet (on en interprète donc l'hypothétique résultat).

Tous les observateurs n'ont pas dénoncé les dangers qu'emporte cette revalorisation de la dangerosité de la seule expression, d'aucuns préfèrent ainsi voir dans ce changement « un choix cohérent de politique criminelle, puisque en faisant la promotion de tels actes, les auteurs de ces infractions menacent et contestent l'ordre public, la sécurité publique et la paix publique »¹⁵², cohérence déduite de ce qu'ont évolué les valeurs protégées par le délit de provocation au terrorisme : sûreté de l'Etat et sécurité de sa population. Le propos provocateur en matière terroriste constituerait désormais, *per se*, une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation¹⁵³, plus qu'un abus de la liberté d'expression par celui qui le profère, et ce du fait d'un changement de visage et de décorum du phénomène terroriste en lui-même. Si le délit – nous le verrons – a été sensiblement étendu dans son champ d'application (et non d'action, puisqu'il n'est que peu opérant), c'est en considération de ce que l'avènement d'*Internet* et des plus récents réseaux sociaux faciliterait la diffusion des propos et catalyserait l'effet des provocations. Il faut bien comprendre que cette réforme vise essentiellement les propos tenus sur ces réseaux¹⁵⁴, plus qu'elle n'a pris en considération l'effet des évolutions qu'elle portait pour les autres modes de communication et les professionnels qui peuvent les utiliser. Les canons de la liberté d'expression et l'étendue de ses contours auraient une tout autre acception à l'aune des nouveaux moyens de communication, et les propos tenus sur les plateformes en ligne et réseaux sociaux acquerraient une certaine matérialité. Lorsqu'ils provoqueraient et appelleraient au terrorisme, et quelle que fut leur audience, ils présenteraient un caractère intrinsèquement dangereux et troubleraient en eux-mêmes

¹⁵¹ J. PIERET, *Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme : limites et dérives du performatif juridique*, Revue de la faculté de droit de l'ULB, 2007-1, vol. 35, pp. 197-228.

¹⁵² D. DASSA, *Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ?*, Gaz. Pal. 24 févr. 2015, n° 213u5, p. 8.

¹⁵³ S'entendant selon les termes de l'article 410-1 du Code pénal, inaugurant le Livre IV, de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel.

¹⁵⁴ Ainsi l'étude d'impact précise-t-elle que qu'« *Internet* constitue aujourd'hui le vecteur principal de la propagande, du recrutement et de l'incitation au terrorisme. » (Etude d'impact, Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 8 Juill. 2014, p. 44).

gravement l'ordre public au point que le droit pénal puisse se saisir de ceux qui les soutiennent en tant que des terroristes eux-mêmes.

Il reste que la provocation directe à commettre des actes de terrorisme a rejoint ceux-ci au Code pénal, que le changement de paradigme qu'implique un tel transfert est inquiétant pour l'avenir des propos même les plus corrosifs, et que bien des dangers guettent la liberté d'expression. Nous nous accordons avec l'idée que la provocation est moins un acte d'expression qu'un acte d'incitation qui doit être saisi par le droit pénal commun, si et seulement si celle-ci est strictement définie en tant que la provocation directe et circonstanciée adressée à un autrui pour qu'il commette un acte. Nous nous satisfaisons moins de l'assimilation de la parole provocante à l'acte de terrorisme qu'elle provoque hypothétiquement. Il n'est de toute façon pas établi que le législateur se soit enquis de telles considérations, après tout, ceux qui ont pensé le projet de loi ont eux-mêmes reconnu, sûrement sans y voir le moindre ennui, que « de manière immédiate, le fait d'introduire dans le code pénal les délits de provocations aux actes de terrorisme et apologie de ces actes, d'une part, facilitera le travail des enquêteurs qui pourront recourir aux techniques spéciales d'enquête pour matérialiser les faits et identifier les auteurs et, d'autre part, renforcera les poursuites encore trop peu nombreuses en ce domaine par l'exclusion du formalisme propre à la loi sur la presse et par l'application d'un délai de prescription allongé »¹⁵⁵.

De cette volonté de faciliter la preuve et le labeur de ceux qui la recherchent, est résulté un délit de provocation directe mal conçu et d'une faible utilité pour ceux qui ont à l'appliquer.

Section 2. Un transfert au Code pénal lacunaire sur le plan théorique

La provocation à l'acte de terrorisme n'est plus la même que celle que portait la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, ses éléments constitutifs ont incontestablement été modifiés. L'attention des observateurs s'est, de fait, concentrée sur la soumission de la provocation (et de l'apologie) à la procédure pénale de droit commun et à certains aspects de celle propre à la criminalité terroriste. Mais dans la mesure où le transfert de ces infractions a été essentiellement motivé par des considérations tenant à la seule provocation, elle qui serait bien moins un abus de liberté qu'un propos causal et dangereux, la rédaction du délit aurait dû procéder d'une meilleure rigueur.

¹⁵⁵ Etude d'impact, Projet renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 8 Juill. 2014, p. 46.

En conséquence de ce que la perception du rôle causal d'un propos provoquant a nettement évolué, nous l'avons vu, en matière terroriste, la nouvelle incrimination de provocation à l'acte de terrorisme s'entend d'une provocation directe. Elle n'a, du reste, plus à être publique, le droit antiterroriste se saisit ainsi du propos privé qui appelle directement à l'acte (§1). Elle n'a, ensuite, pas à avoir été suivie d'effet, le droit antiterroriste se saisit ainsi du propos pour le risque qu'il a créé, moyennant interprétation par le juge de sa nature et de sa portée (§2).

§1. L'élision de la condition de publicité : saisir le propos privé provocateur

Pour être réprimée de manière autonome, la provocation directe à l'acte de terrorisme devait jadis être publique. La condition de publication était nécessaire à l'établissement de la complicité particularisée de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, ainsi qu'à l'infraction autonome contenue à l'article 24. Telle qu'entendue par le premier de ces articles et telle qu'interprétée par la jurisprudence, cette condition de publicité se muait en un obstacle à la répression de certaines provocations au terrorisme que les réformateurs ont voulu dépasser.

L'interprétation de la condition de publicité est telle que l'écho réel qu'a reçu le propos passe au second plan (A), et que l'existence d'une communauté d'intérêts entre ceux qui le perçoivent peut le rendre privé, annihilant l'existence d'une publicité légale (B). Le législateur s'est départi de ces obstacles pour saisir des propos tenus dans des contextes qu'il a ciblés, mais qui ne ressortent pas de la lettre d'une trop large incrimination, emportant autant de difficultés d'ordre causal et probatoire.

A. Des contours abstraits de la publicité excluant certaines provocations

La création prétorienne qu'est la communauté d'intérêts s'est révélée être un obstacle à la répression de certaines provocations au terrorisme dans des contextes nouveaux liés aux prêches privés et aux réseaux sociaux. Les infractions de presse ont cela de commun qu'elles se consomment par un acte d'expression, la publicité de cette expression est alors la condition commune à l'ensemble des infractions. Définie usuellement comme le caractère de ce qui est public, c'est-à-dire de ce qui s'offre à un panel composé de personnes indéterminées et en nombre indéterminé, la publicité donne son caractère infractionnel au propos visé par une incrimination de presse au sein de cette loi spéciale. Nous avons pu alors mentionner à plusieurs reprises l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, lui qui énumère non limitativement les modes de publicité de l'expression comme « 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 »¹⁵⁶. La question de la publicité du propos se pose donc au juge lorsqu'il a à apprécier son caractère délictueux.

L'expression du propos par les voies traditionnelles de la presse et les médias classiquement entendus est publique sans difficulté. Le Professeur Dreyer voit dans cette condition – que l'on serait tenté d'identifier comme préalable – un résultat, qui s'il « est présumé dans la sphère médiatique (...) doit être établi en dehors de celle-ci »¹⁵⁷. De l'interprétation jurisprudentielle des notions de lieu public et de réunion publique, dépendait alors l'étendue de l'incrimination de provocation au terrorisme (celle de l'article 23 comme celle de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881). Le lieu public se caractérise par sa liberté d'accès, ce qui atténue la restriction que peut constituer à première vue l'idée de publicité : il s'entend incontestablement de l'espace public – celui des parcs et des rues – mais encore de tous les lieux que dits publics par destination : « des lieux, musées, salles d'audience, de restaurant ou de concert, etc »¹⁵⁸. La jurisprudence n'exclut donc pas que soit public le lieu dont les conditions d'accès sont limitatives. L'infraction de presse pouvait en ce sens appréhender des propos provocateurs tenus par un artiste en représentation, par une personnalité dans le cortège d'une manifestation, encore par un prêcheur dans un lieu de culte. Les lieux même clos n'ont jamais constitué des sanctuaires de la liberté d'expression. Pour le dire autrement, la nécessité d'une provocation publique ne réduisait pas le champ de l'incrimination aux propos éminemment publics que sont ceux tenus dans les médias, ou sur le parvis d'un tribunal¹⁵⁹, et permettait de se saisir de différents contextes. L'article 23 mentionne également le propos proféré au sein d'une réunion publique, la notion a donné lieu à davantage de difficultés dans son interprétation mais présente avec le lieu public cette similitude d'impliquer une liberté d'accès. La jurisprudence classique considère alors qu'une réunion peut être qualifiée de publique quoique n'étant pas ouverte à quiconque¹⁶⁰. La jurisprudence interprétative des notions de lieu et de réunion publique était donc suffisamment large pour se saisir de propos appelant à l'acte de terrorisme proférés en tous types de lieux ou dans tous types de réunions.

De cette « profération », il nous faut encore mieux discuter, elle a été préférée à la mention de propos « émis », ou encore « tenus », et donne à la condition de publicité une dimension morale. Les propos doivent avoir été proférés¹⁶¹, de cela la chambre criminelle déduit classiquement que le

¹⁵⁶ Art. 23, L. 29 juill. 1881.

¹⁵⁷ E. DREYER, *Droit de la communication*, LexisNexis, Manuel, 2018, p. 596.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 600.

¹⁵⁹ V. en ce sens : Cass. crim., 1er sept. 2005, n° 04-85.542.

¹⁶⁰ V. en ce sens, à propos d'une réunion qualifiée de publique, organisée entre la direction d'une société et certains délégués du personnel, tenue dans la salle de réunion du conseil d'administration, en présence de plusieurs témoins dont des policiers appelés à l'aide par la partie civile : Cass. crim., 4 déc. 1973, n° 73-90.513 : *Bull. crim.* n°448.

¹⁶¹ C'est-à-dire « prononcés à haute et intelligible voix » (Larousse, Dictionnaire, 2022, « Proférer »).

simple fait de s'exprimer dans un lieu ou dans une réunion identifiée comme publique ne suffit pas à conférer aux propos la publicité¹⁶². C'est sur ce point que la publicité des propos au sens du droit pénal s'éloigne de la réalité matérielle et parfois donc, de la réalité de leur perception par un auditoire plus ou moins important, et c'est en cela que la publicité constituait un obstacle à l'appréhension de certaines provocations au terrorisme. En 2012¹⁶³, la chambre criminelle a pu préciser que le propos, même tenu dans un lieu ou une réunion publics, n'est public au sens de l'article 23 que s'il a été « proféré » (le terme est ainsi relevé entre guillemets dans la lettre de l'arrêt), c'est-à-dire tenu à haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de le rendre public¹⁶⁴. C'est toute une abstraction de la notion de publicité qu'il faut ici relever, l'état d'esprit de celui qui profère les propos prime la réalité de leur perception, ceux-ci peuvent être privés bien qu'ayant reçu un large écho, publics bien qu'ayant été ouïs par quelques-uns seulement¹⁶⁵. Les travaux législatifs montrent que c'est de ces canons de la publicité dont ont voulu se départir les réformateurs en proposant la répression d'une provocation indifféremment publique et privée. Cela s'inscrit dans la logique de la nouvelle perception du propos qui, en lui-même, est un trouble à l'ordre public pour le risque de passage à l'acte de terrorisme qu'il génère, sa dangerosité ressort de sa teneur ainsi que de sa perception par une plus ou moins large audience.

Justement, la composition de cette audience constituait un autre obstacle pour le juge à punir certains cas de provocation à l'acte de terrorisme, et ce du fait de la création jurisprudentielle de la communauté d'intérêts.

B. De l'effet de la communauté d'intérêts en matière terroriste

Une limite jurisprudentielle à la qualification de propos comme étant publics est la communauté d'intérêts. En tant qu'elle permettait de dire privés des propos tenus devant un panel possiblement étendu de percepteurs, partageant un intérêt commun, elle était un obstacle redoutable en matière de provocation au terrorisme dans la pratique.

La communauté d'intérêts a pu être classée en tant qu'une condition négative de la publicité (la condition positive tenant à la perception du propos par un nombre indéterminé de personnes)¹⁶⁶. La plus fine définition de cette construction jurisprudentielle est encore négative, le Professeur Mayaud écrit qu'est rejetée la publicité « là où, par une appartenance commune, des aspirations ou

¹⁶² En ce sens déjà : Cass. crim. 16 mars 1948, *JCP* 48, II, 4431.

¹⁶³ Cass. crim., 27 nov. 2012, n°11-86.982 : *Bull. crim.* N°261 ; CCE 2013, comm. 8, obs. A. Lepage.

¹⁶⁴ La solution a depuis été réaffirmée, v. en ce sens : Cass. crim., 8 avr. 2014, n°12-87.497 : *Bull. crim.* n°105.

¹⁶⁵ Pour un exemple de propos qualifiés de publics bien qu'entendus par la seule compagne de celui qui les avait proférés : v. Cass. crim., 7 juin 2016, n°15-81.405.

¹⁶⁶ E. DREYER, *Droit de la communication*, Op. cit., p. 599.

des objectifs partagés, les personnes ayant à connaître d'un propos diffamatoire forment une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçues comme des tiers par rapport à son auteur »¹⁶⁷. Quelle dimension revêtent- alors lesdits objectifs, cette appartenance ou cette aspiration partagées par l'entité ? Celle-ci peut s'entendre de l'appartenance à un parti politique¹⁶⁸ ou à une obédience maçonnique¹⁶⁹.

Un premier contexte échappe alors possiblement à l'application de la provocation au terrorisme en tant qu'infraction de presse. *A priori*, le lieu de culte qui ferait œuvre de sélection avant toute entrée à certaines occasions serait exclusif d'une publicité au sens de la jurisprudence. Le prêcheur, s'il appelle directement à la commission d'actes de terrorisme, le fait alors en conscience de ce que certains seulement peuvent l'entendre, liés par une communauté d'intérêts qu'est l'appartenance à la communauté créée de fait en ce lieu. C'est, du reste, l'analyse proposée par le Professeur Dreyer¹⁷⁰. La pratique très ponctuelle du délit de provocation directe en jurisprudence ne nous permet pas d'affirmer la certitude de cette exclusion, mais les prêches dits privés étaient visés par les réformateurs de 2014. Ils l'étaient en tout cas dans la situation où ils se déplaçaient hors les murs du lieu de culte.

Ces prêches privés étaient l'un des deux contextes de diffusion de la parole enclins à échapper à la publicité ainsi entendue en droit de la presse, que ciblait précisément la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république des lois de l'Assemblée nationale durant les travaux. Le projet de réforme en 2014 visait à déspecialiser les délits de provocation et d'apologie, mais prévoyait initialement que ceux-ci s'entendaient du « fait, publiquement, par quelque moyen que ce soit, de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire l'apologie de ces actes »¹⁷¹. Or la suppression de la publicité l'a emporté et avait pour but d'élargir le « champ d'application du délit de provocation au terrorisme aux propos tenus de façon non publique, (...) en particulier de sanctionner les propos tenus soit dans des cercles de réunion privés, par exemple dans le cadre de prêches formulés dans des lieux non ouverts au public, soit sur des forums Internet privés ou des réseaux sociaux dont l'accès n'est pas public. La jurisprudence considère que des propos tenus sur un compte de réseau social accessible à un

¹⁶⁷ Y. MAYAUD, *De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de publicité*, RSC 1998. 104.

¹⁶⁸ Cass. crim., 27 mai 1999 : *Bull. crim.* n°112.

¹⁶⁹ Cass. crim. 30 mai 2007, n° 06-86.326.

¹⁷⁰ Ainsi le professeur de souligner, dans une étude consacrée aux fermetures administratives des lieux de culte et à l'équilibre entre l'ordre public pénal et l'ordre public administratif, que « s'agissant de propos diffusés dans un lieu de culte, il est très vraisemblable que l'élément de publicité manque, les destinataires faisant l'objet d'une sélection à l'entrée et partageant la même communauté d'intérêt » (E. DREYER, *Fermeture des lieux de culte appelant au djihad*, Gaz. Pal. 23 janv. 2018, n° 311k9, p. 78).

¹⁷¹ Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 9 juill. 2014, Art. 4.

nombre restreint de personnes agréées qui forment une “communauté d’intérêts” sont des propos privés »¹⁷².

L’essentiel était en effet ailleurs : comment poursuivre pour provocation publique à des actes de terrorisme celui qui y appelait sur *Internet* ? Les canons de la publicité s’y sont d’abord aisément appliqués : les propos tenus sur les plateformes en ligne des médias et les sites *Internet* de presse sont indéniablement publics. Mais le phénomène contre lequel l’on a entendu lutter est plutôt celui des provocations et prêches en ligne, sur des blogs bien plus discrets – voire secrets – qui trouvent pourtant à toucher un grand nombre de lecteurs. Les réseaux sociaux modernes ont pris le relais, qui constituent tout à la fois un vecteur formidable de visibilité du propos de tout un chacun et un sanctuaire pour le partage de contenus entre groupes bien plus fermés. Il n’est plus à prouver qu’*Internet* est dans l’un ou l’autre de ces cas une arme pour l’organisation *Etat islamique*, principale menace terroriste au moment du vote de la loi à l’étude¹⁷³. Or la poursuite de tels comportements se heurtait à la jurisprudence de la communauté d’intérêts appliquée à *Internet*. Si le blog est accessible au public, il est un lieu public, quand bien même nul ne le consulterait faute de notoriété, quand bien même il serait payant, ou accessible par le truchement d’un mot de passe¹⁷⁴. Mais le peu de jurisprudence sur les réseaux sociaux a montré d’autres obstacles à la publicité, ainsi la chambre criminelle a pu décider, à propos du réseau social *Facebook* et des comptes qui le composent, que dès lors qu’ils ne sont accessibles qu’aux seules personnes agréées par l’intéressée, en nombre très restreint, ceux qui s’y retrouvent forment une communauté d’intérêts exclusive de la publicité¹⁷⁵.

Punir la provocation directe même non publique n’était, en somme, pas prévu par les initiateurs de la loi du 13 novembre 2014, mais quelques députés ont délicatement proposé une tout autre rédaction. Celle-ci n’a que très peu ému la représentation, concentrée sur d’autres apports du texte. L’évolution n’est pourtant pas anodine, elle rejoint la nouvelle perception des propos provocateurs en matière terroriste que nous avons déjà expliquée : la provocation au terrorisme de jadis était punie en tant que sa publication, impliquant rayonnement et excitation potentielle des

¹⁷² Travaux préparatoires, Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, Art. 4, Amendement n°CL45, Exposé sommaire (Présenté par M. Pietrasanta, rapporteur).

¹⁷³ Le professeur Guidere souligne que l’Etat islamique « continue d’innover en matière de propagande sur internet et utilise l’ensemble des technologies et des outils disponibles pour augmenter sa présence et son effet sur le web. L’organisation ne met pas seulement, à disposition des internautes, des informations ou des documents via les réseaux sociaux, elle y recourt également pour construire des « équipes de choc » chargées de relayer son message et de promouvoir son action dans le monde entier ». (M. GUIDERE, *Internet, haut lieu de la radicalisation*, Pouvoirs, vol. 158, no. 3, 2016, pp. 115-123).

¹⁷⁴ CA Paris, 5 juin 2003, CCE 2004, comm. 35, obs. A. Lepage.

¹⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n°11-19.530.

passions, constituait un trouble à l'ordre public. En cela, un certain équilibre existait avec son caractère d'infraction formelle. Le propos est désormais, lorsqu'il provoque directement à un acte de terrorisme, un trouble en lui-même, sans que ne soit requis quelconque effet, et le législateur a jugé bon de se focaliser « sur la seule teneur du propos censée l'ancrer dans la sphère terroriste »¹⁷⁶. La publicité pourra toujours être prise en compte dans la répression du délit si elle est établie, elle aggrave le trouble causé par le propos. Voilà le juge confronté à une bien délicate incrimination, puisque ladite provocation, dont il faut caractériser la dangerosité intrinsèque, doit être directe mais n'a pas à avoir été suivie d'effet.

§2. L'abstraction du délit : saisir un propos potentiellement dangereux

Nouvellement entendue comme une provocation directe à l'acte de terrorisme suivie ou non d'effet, la provocation de l'article 421-2-5 du Code pénal constitue un délit dont la rédaction porte plusieurs écueils. D'abord, est sauf ce garde-fou à la répression des simples opinions sous l'angle de la provocation, puisque celle-ci n'est répréhensible qu'à la condition qu'elle présente un caractère direct, avec toute la difficulté à apprécier ledit caractère en matière terroriste (A). Ensuite, la provocation au terrorisme est punie indépendamment de tout effet requis (B).

A. L'exigence du caractère direct de la provocation

La provocation à l'acte de terrorisme doit avoir revêtu un caractère direct pour être punissable sous l'angle de l'article 421-2-5 du Code pénal. D'emblée nous faut-il préciser que nous ne nous accordons pas avec l'idée défendue par certains auteurs qui déduisent de ce qui précède une absence de répression de la provocation indirecte : c'est dire beaucoup de bien peu de nuance, le législateur considérant vraisemblablement l'apologie – punie des mêmes peines – comme une provocation indirecte, d'où sa présence parmi les actes de terrorisme et plus généralement sa place parmi les infractions de provocation. La pratique judiciaire du délit d'apologie favorise, de plus, sa porosité avec la provocation indirecte (nous le verrons ensuite). Il convient plutôt de voir dans le caractère direct de la provocation l'exigence par le législateur d'un « appel explicite et évident à la commission d'un acte déterminé »¹⁷⁷.

Nous avons pu mentionner plusieurs occurrences d'incriminations autonomes de provocation, le caractère direct lorsqu'il est requis peut alors embrasser diverses réalités. Préférons pour la provocation à l'acte de terrorisme l'analyse proposée par les Professeurs Merle et Vitu.

¹⁷⁶ B. DE LAMY, *Des actes aux paroles ; des paroles aux actes (à propos des délits d'apologie et de provocation terroristes)*, Op. cit. Quant à cet équilibre, le Professeur souligne que « le caractère formel du délit était compensé par la publicité qui conférait au propos toute sa portée et le dotait d'une dangerosité ».

¹⁷⁷ B. DE LAMY, B. BEIGNIER, E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2008, 1^{re} éd., n°825.

Ceux-ci perçoivent dans le caractère direct de la provocation l'exigence par le législateur que le propos préconise « l'accomplissement d'une infraction ou d'une série d'infractions précises »¹⁷⁸. Serait donc directe la provocation de l'agent qui par ses propos, préconiserait le recours à l'un des actes de terrorisme du Titre II du Livre IV du Code pénal.

Ainsi entendue comme tenant à la lettre du propos de l'agent, à son caractère concret, circonstancié, la condition d'une provocation directe est dégagée pour le terrorisme de plusieurs autres interprétations qui ont pu en être faites. Certains auteurs avaient en effet pu voir dans le terme « direct » l'exigence d'une provocation interpersonnelle, destinée à un individu déterminé, les Professeurs Merle et Vitu excluent eux-mêmes cette exigence¹⁷⁹. Peut donc être directe la provocation à l'acte de terrorisme de celui qui y appelle devant une large assemblée, sans viser précisément un de ceux qui la composent, autant que peut être directe la provocation de l'agent qui, seul derrière son ordinateur, appelle à la commission d'un acte précis un panel incertain de percepteurs potentiels.

De même, l'analyse du caractère direct comme ayant trait au lien de causalité entre le propos provocateur et l'acte auquel il appelle est impropre à s'appliquer au terrorisme¹⁸⁰ dès lors qu'en la matière, la provocation n'a pas à avoir été suivie d'effet. Il semble *in fine* qu'en matière terroriste, la provocation soit directe lorsqu'il est expressément appelé à l'acte de terrorisme et ce en conscience, l'élément moral de la provocation consistant sans difficulté dans la connaissance de ce que le propos appelle à un acte délictueux doublée d'une volonté de pousser un autrui à le réaliser.

Aussi, le délit de l'article 421-2-5 du Code pénal s'entend d'une provocation quelconque relativement aux moyens de la commettre. Telle qu'envisagée initialement dans le projet de loi, celle-ci pouvait se commettre « par tout moyen », mais le Sénat a fini par avoir raison de toute mention du mode de commission de la provocation, de sorte que « la navette législative s'achève sur un texte général, dont on peut questionner la conformité au principe de légalité criminelle »¹⁸¹. C'est cette nature directe de la provocation induite par le propos qui justifie que celui-ci ne constitue pas un délit de presse, mais une infraction du Code pénal classée parmi les actes de terrorisme, ce qu'il est possible d'entendre, et ce que le propos soit privé comme public, lorsqu'il est suivi de l'effet qu'il espérait. Mais l'infraction terroriste de provocation n'exige pas qu'un tel effet se soit réalisé.

¹⁷⁸ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 1233, n° 1566.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Elle est, du reste, une grille de lecture opportune pour d'autres occurrences de provocations.

¹⁸¹ C. GODEBERGE, E. DAOUD, *La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes*, AJ Pénal, déc. 2014, 563.

B. L'indifférence à l'effet de la provocation

La circonstance tenant à la réalisation de l'acte auquel l'agent a provoqué est parfaitement indifférente à la consommation du délit de provocation au terrorisme de l'article 421-2-5 du Code pénal. La situation d'une provocation sans effet doit, pour beaucoup, rester dans le giron des abus de liberté d'expression et ne peut pas être considérée comme une mise en danger des personnes.

D'emblée faut-il alors relever que l'incrimination ainsi largement entendue fait « doublon ». Les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 permettaient une répression différenciée selon que la provocation était ou non suivie d'effet (le premier faisant complice du crime ou du délit terroriste celui qui y avait directement provoqué, le second punissant comme auteur autonome le provocateur qui n'avait poussé quiconque à passer à l'acte). Pourtant, seul l'alinéa sixième de ce dernier article a fait l'objet d'une suppression. Le législateur ne s'en est pas inquiété, bien qu'averti alors même que les travaux parlementaires n'étaient pas achevés, ainsi la Commission nationale consultative des droits de l'homme de relever que la provocation suivie d'effet en matière terroriste est susceptible « d'être réprimée à la fois sur le fondement du code pénal et sur celui de la loi du 29 juillet 1881, en cas de provocation à des crimes ou délits terroristes »¹⁸².

L'incrimination fait donc doublon avec l'article 23 quand elle est suivie d'effet et qu'elle est publique, mais la question du conflit se pose encore dans cette situation – à notre sens – avec la complicité de droit commun. L'incrimination ne serait alors utile que lorsque la provocation n'est pas suivie d'effet, puisqu'elle fait acte de terrorisme la tentative de provoquer celui-ci, et c'est là son principal cas d'application, son principal rôle d'infraction obstacle¹⁸³. Or faute pour le texte de préciser les formes que peut prendre l'acte d'expression et la teneur des propos qui provoquent à l'acte de terrorisme, il revient au juge d'interpréter, au cas par cas, la portée plus ou moins dangereuse de telle ou telle parole. Cela procède, là encore, du changement de perception étudié quant aux propos provoquant à l'acte de terrorisme, et d'une volonté de ne pas faire dépendre l'application de la loi pénale de la survenance d'un résultat, donnée aléatoire, (avec toute la difficulté, si celui-ci advient, à établir une causalité avec le simple mot qui y a provoqué). Le juge doit donc apprécier le risque qu'a créé le propos, sans s'appuyer sur quelconque résultat mais sur l'hypothétique passage à l'acte que celui-ci aurait pu engendrer. Il ne s'attachera, en fait, qu'au caractère direct ou non du propos, et du seul appel plus ou moins explicite à la commission d'un acte de terrorisme dépend vraisemblablement l'application du délit de provocation au terrorisme

¹⁸² CNCDH, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Ass. plén., 25 sept. 2014.

¹⁸³ L'infraction de l'article 421-2-5 du Code pénal est ainsi qualifiée dans son ensemble d'infraction obstacle par les Professeurs Rassat (M-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, Op. cit.) et Mayaud (Y. MAYAUD, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale – Terrorisme – Infractions*, Dalloz, 2020).

de l'article 421-2-5 du Code pénal. Par conséquent, les juges se satisfont des provocations les plus explicites, voire grossières, et si « seul l'immature, l'imprudent ou l'exalté tiendront alors de tels propos que chacun sait pénalisés ; (...) le propos plus subtil est sans doute finalement plus dangereux, parce que pouvant prendre le visage d'un discours cohérent, structuré, affectant la raison par un travail de sape plus profond alors que la provocation directe, par sa violence, enflamme la passion mais ponctuellement »¹⁸⁴. Là trouve sa limite l'analyse de la dangerosité du propos par le législateur de 2014, elle dépend de sa visibilité effective, de son caractère excessivement provocateur, là où le propos plus subtile peinera à devenir provocation directe. Il en résulte une bien maigre pratique du délit, qui donne à voir ce qui s'apparente à un « fiasco judiciaire »¹⁸⁵. Très tributaire du contexte, le délit vit pendant les périodes entourant la commission de graves attentats terroristes, nous y reviendrons.

Ce premier délit que porte l'article 421-2-5 du Code pénal fait donc l'objet d'une pratique inexistante en comparaison de ce que l'apologie est fréquemment mobilisée. Mal défini, largement entendu, concurrencé par la complicité de droit commun, la complicité par voie de presse, ainsi que par d'autres incriminations liées à la provocation, le délit de provocation directe à l'acte de terrorisme est résiduel. Il participe de l'inflation à l'œuvre en matière terroriste, et obéit à la loi de l'anticipation devenue dogme en ce domaine. Mais l'écueil majeur réside dans ce que toute la rhétorique justifiant le transfert au Code pénal de l'entier article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881, devenu article 421-2-5 du Code pénal, nous semble basée sur la crainte des situations de provocation directe. Leur dangerosité et la prétendue incapacité de la loi sur la liberté de la presse à toute les embrasser furent dénoncées tout au long des travaux législatifs. Or ces provocations nous semblent sporadiques, bien plus que ne le sont les cas d'apologie. Pourtant l'apologie a elle aussi été transférée au Code pénal, sans qu'une réflexion adéquate n'ait été menée sur l'opportunité d'une telle opération, sans que n'ait été suffisamment soupesée la menace grave pour la cardinale liberté d'expression. Presque physiquement, comme la mer l'est par la Lune, l'apologie a été attirée au Code pénal et a rejoint la provocation directe pour ne former qu'une masse : l'infraction de provocation au terrorisme. Elle pâtit des conséquences procédurales sévères sur le plan répressif de cette position parmi les actes de terrorisme. La plupart des condamnations étant prononcées pour apologie, on comprend que les deux délits peinent à se distinguer lorsque l'on est confronté à un acte d'expression donné, or l'assimilation de l'apologie à la provocation est déjà un présupposé.

¹⁸⁴ B. DE LAMY, *Des actes aux paroles ; des paroles aux actes (à propos des délits d'apologie et de provocation terroristes)*, Op. cit.

¹⁸⁵ Ainsi des propos tenus par le Défenseur des Droits de l'époque, Jacques TOUBON : V. Le Monde, *Le projet de loi antiterroriste est « une pilule empoisonnée »*, Propos recueillis par Jean-Baptiste JACQUIN, 23 juin 2017.

PARTIE II. LA REPRESSION PENALE DE L'APOLOGISTE

« Si quelqu'un me montrait, entre l'indépendance complète et l'asservissement entier de la pensée une position intermédiaire, je m'y établirais peut-être. Mais qui découvrira cette position intermédiaire ? »¹⁸⁶ demandait Alexis de Tocqueville. Interrogeant la démocratie par l'observation de son fonctionnement, le philosophe français se plaisait à remettre en cause l'absoluité du lien entre démocratie et liberté de pensée, lien inquiété par l'opinion de la majorité autant que par l'effet des masses¹⁸⁷. Sa pensée irrigue toujours la science politique dispensée contemporanément, ses préceptes ne sont jamais loin lorsque sont inquiétés certains fondements de la société démocratique¹⁸⁸. Nous tirons de ce court extrait l'idée que la complexité de la pensée individuelle implique une certaine prudence de la puissance publique, lorsqu'elle a à porter un jugement sur une opinion donnée. L'un des principaux dangers pour la démocratie consiste, selon de Tocqueville, dans une tyrannie de la majorité oppressant les opinions minoritaires ou dissidentes, permise par l'idée, fixe, que cette majorité est légitime sans conteste. Dès lors qu'est interrogée l'étendue de la liberté d'expression, désormais constitutionnalisée, il est primordial d'avoir à l'esprit ces rapports de forces qu'implique la société démocratique.

De son côté nous l'avons vu, le terrorisme n'est plus à envisager comme une infraction politique au sens commun de cette acception, et il est impensable de voir dans le terrorisme un militantisme politique simplement dégagé des limites de la préservation de la vie humaine. Le terrorisme est une forme de criminalité légitimement redoutée, puisque redoutable dans ses conséquences humaines, et menaçante pour l'équilibre de tout Etat. De telles considérations sous-tendent la criminalisation des actions terroristes dans leur diversité et des actes de ceux qui les préparent, les facilitent, les imaginent, les financent, les provoquent directement. Comment l'Etat de Droit peut-il alors appréhender le comportement de celui qui, par ses mots, les félicite ou les flatte ?

¹⁸⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835/1840.

¹⁸⁷ Pour une complète étude : v. N. ARENS, *La démocratie toquevillienne. Un parcours dialectique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 74, no. 1, 2015, pp. 181-202.

¹⁸⁸ Entendue par de Tocqueville comme la société qui place en son cœur l'égalité des conditions, celle-ci compose, aux côtés du régime démocratique – organisation productive reposant sur des institutions et une Constitution – la définition duale de la démocratie telle qu'entendue par le penseur.

L'apologie s'entend d'un discours ou écrit qui a pour but la justification, la défense de quelqu'un, de quelque action, de quelque ouvrage¹⁸⁹. Peut alors être qualifié d'apologétique le discours ou l'écrit de celui qui fait l'éloge d'un crime ou de celui qui l'a commis. L'appréhension par le droit criminel desdits propos n'est pas allée de soi, rappelons que la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne contenait pas la moindre apologie, quand diverses provocations la composaient déjà. La lutte contre les menées anarchistes s'arma de deux lois dites « scélérates »¹⁹⁰, qui désignèrent illicite le propos apologétique. Longtemps demeurée parmi les apologies maintenues dans la loi de 1881, l'apologie du terrorisme n'a pas résisté à la force d'attraction du délit de provocation dans son ensemble, au mépris de la cohérence du droit criminel et de l'idée même qu'existe, dans l'ombre de chaque incrimination, une *ratio legis*. La loi du 13 novembre 2014 l'a transférée, avec la provocation directe, parmi les infractions terroristes, elle siège désormais à l'article 421-2-5 du Code pénal.

L'évolution est radicale, et procède avant tout d'une très regrettable assimilation : l'apologiste serait indéniablement, par son propos élogieux, un provocateur indirect à la réalisation d'actes de terrorisme, suite inéluctable bien qu'hypothétique de ceux qu'il a favorablement jugés (CHAPITRE I.). Cette conception renouvelée de la dangerosité du propos apologétique interroge nécessairement la redéfinition de ses contours, l'évolution de sa *ratio legis* et la place qui lui est accordée dans le débat public contemporain (CHAPITRE II.).

¹⁸⁹ *Apologie*, définition par l'Académie française (9^{ème} éd.), Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL).

¹⁹⁰ Loi du 12 décembre 1893 portant modification des articles 24, paragraphe 1er, 25 et 49 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; Loi du 28 juillet 1894 ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes.

CHAPITRE I. L'APOLOGISTE DESIGNÉ EN PROVOCATEUR INDIRECT

L'apologie des actes de terrorisme a rejoint les infractions terroristes du Livre IV du Code pénal par la loi du 13 novembre 2014, emportée par la provocation directe et par l'idée que le risque de commission d'actes de terrorisme empêchait de considérer le propos provocateur comme procédant d'un abus de liberté d'expression. La rhétorique de la préservation de l'ordre public, de la dangerosité intrinsèque que peut porter un propos appelant au terrorisme, et du rôle causal qu'il peut jouer, s'est à notre sens focalisée sur la situation d'une provocation directe entendue comme l'appel précis et circonstancié à la commission d'un acte de terrorisme défini. L'apologie s'est, elle, faite oublier. Les quelques occurrences de réflexion de fond sur l'opportunité du transfert de l'apologie du terrorisme vers le Code pénal ont alors révélé une audacieuse assimilation : l'apologiste provoque à la commission d'actes de terrorisme.

L'apologie serait une forme de provocation à l'infraction, et pourrait même constituer le versant indirect de la provocation au terrorisme. Ainsi présentée¹⁹¹, drapée de ce nouvel appareil, sa place était toute trouvée parmi les infractions terroristes, puisque la provocation en tous ses aspects avait été revue comme un acte terroriste *per se*, moyennant abandon définitif de l'idée d'un simple abus de liberté d'expression. Or il apparaît que cette assimilation ne va pas de soi, et qu'elle mérite bien davantage de réflexion et de nuance. Entourée de considérations criminologiques relatives à la prévention de la radicalisation, de nouvelles lignes directrices en matière de prévention du phénomène terroriste, la déspecialisation du délit d'apologie a peut-être manqué de la justification qu'elle commandait. Ses conséquences sont considérables.

L'apologie tient désormais sa place, en matière terroriste, parmi les infractions terroristes elles-mêmes, une présence à notre sens indésirable (Section 1). Par conséquent, la parole apologétique est non seulement saisie par le droit commun – ce qui en matière de presse ne procède pas d'une évidence – mais encore par le droit antiterroriste (Section 2).

¹⁹¹ Devant l'Assemblée nationale, le rapporteur de la Commission des lois Sébastien Pietrasanta soutint en ce sens qu'apologie et provocation « sont très liées. L'apologie du terrorisme, qui s'avère tout aussi dangereuse que la provocation directe au terrorisme, est d'ailleurs qualifiée dans la doctrine pénale de provocation indirecte. Qui fait l'apologie du terrorisme est nécessairement conscient que les destinataires de ses messages risquent de commettre des actes terroristes. L'apologie du terrorisme doit donc relever du même régime pénal que la provocation au terrorisme, car elle représente un danger tout aussi important pour la société » (v. A.N, déb., XIV^{ème} législature, 2013-2014, 17 sept. 2014, 1^{re} séance).

Section 1. L'apologie, une indésirable parmi les infractions terroristes

Le fait de faire publiquement l'apologie d'actes de terrorisme constitue une infraction terroriste. Ce transfert de l'infraction d'apologie, fondamentalement et historiquement de presse, parmi les actes auquel elle appelle elle-même en matière terroriste, rend sa position au Code pénal indésirable. Le déplacement procède de l'assimilation de la parole apologétique à un acte terroriste, qui ne se justifie que très difficilement (§1). Son appréhension par les voies classiques du droit de la presse permettait pourtant de garantir une certaine protection des propos lorsqu'ils se situent aux confins de la liberté d'expression, entendue classiquement comme celle qui comprend, aussi, les opinions les plus choquantes (§2).

§1. La difficile assimilation de la parole apologétique à un acte terroriste

Le propos qui provoque autrui au passage à l'acte en matière terroriste est en lui-même un acte terroriste. L'idée pouvait s'entendre dans la situation d'une provocation directe (à condition d'une meilleure définition, nous l'avons dit), mais celle-ci est bien moins fréquente que la parole apologétique qui, elle, est désormais jugée causale. Si elle appelle indéniablement répression, elle n'a pas sa place au Code pénal. L'apologie fait désormais l'objet des mêmes considérations que la provocation directe, conséquence d'un renouveau de la perception de la parole à l'aune d'*Internet* et des réseaux sociaux (A). Nous ne nous accordons pas sur les présupposés qu'une telle assimilation induit quant au rôle causal du propos apologétique relativement au passage à l'acte si tant est qu'il advienne (B).

A. Une nouvelle approche de la parole fondée sur son support

La nouvelle lecture que fait le législateur du propos apologétique ne procède pas, à notre sens, d'une évolution de son contenu, mais d'une révolution de son support. L'audience potentielle qu'appelle la diffusion de la parole sur un site *Internet* ou sur les réseaux sociaux ferait du propos un véritable acte d'une bien différente dangerosité¹⁹², participant du phénomène qualifié de cyberterrorisme.

L'idée rejoint celle, plus vaste, qui tend à considérer qu'*Internet* et les nouveaux vecteurs de communication qu'il porte ne sont pas des médias au sens classique et qu'ils appellent une application différenciée des canons de la liberté d'expression, notamment en matière pénale. Pourtant, l'article 2 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

¹⁹² L'étude d'impact de la loi du 13 novembre 2014 indique ainsi qu'« en 2013, les principaux sites concernés par ces signalements ont été les réseaux sociaux (en particulier Facebook et Twitter), qui représentaient 54 % du total, suivis de blogs (14 %), de sites internet thématiques (13 %), de Youtube (6 %), de forums (6 %) et de divers autres sites (7 %). » (Etude d'impact, Projet renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 8 Juill. 2014, p. 44).

(dite « Loi Léotard ») en fait bel et bien un moyen de communication audiovisuelle, notion comprise depuis 2004¹⁹³ dans celle plus modernisée de communication au public par voie électronique. Ce dernier mode de publicité est alors visé expressément par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse¹⁹⁴. L'apologie du terrorisme par le truchement d'un blog ou d'un *tweet* était donc la plupart du temps – sauf exclusion de la publicité faite d'accessibilité du compte ou application de la communauté d'intérêts – saisie par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 en son alinéa sixième.

Ceci a pourtant été remis en cause au long des travaux législatifs ayant abouti au transfert : l'apologie du terrorisme prend une tout autre dimension lorsque proférée en ligne, elle accompagnera la provocation directe au Code pénal. Plus encore, l'article 421-2-5 du Code pénal aggrave la répression pour quiconque commet le délit au moyen d'un service de communication au public en ligne¹⁹⁵. La différence notable entre propos apologétique rendu public par les voies traditionnelles de la communication et de la presse justifierait ainsi une aggravation de la répression, et faire l'apologie sur *Facebook* ou *Twitter* d'un acte de terrorisme est puni de sept ans d'emprisonnement. Il s'est agi pour le législateur d'endiguer la menace que représente la vaste entreprise de recrutement par des cellules terroristes sur ces réseaux sociaux, parfois très implicite et intégrée dans une plus vaste stratégie de communication¹⁹⁶. Mais c'est peut-être occulter la réalité criminologique de l'apologie, qui s'entend essentiellement de propos tenus par un individu qui ne serait aucunement lié à quelque entreprise ou mission de recrutement, mais qui derrière son écran ferait l'éloge du terrorisme (parfois d'ailleurs, sans réelle intention d'y inciter autrui). Or l'effet est, pour tous, le même, la circonstance aggravante « revient à condamner plus sévèrement, pour des propos similaires, une personne s'exprimant sur les réseaux sociaux qu'une personne écrivant dans un journal »¹⁹⁷. Si cette répression interroge nécessairement le principe constitutionnel d'égalité devant la loi¹⁹⁸, le Conseil constitutionnel¹⁹⁹ n'a rien trouvé à redire lorsque, interrogé sur

¹⁹³ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁹⁴ Lequel dispose que « seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui (...) par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet. » (Art. 23, L. 29 juill. 1881).

¹⁹⁵ « Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne. » (Art. 421-2-5, al. 2, C. pén.).

¹⁹⁶ Le procès des attentats parisiens du 13 novembre 2015 a remis en lumière ce bras non-armé de l'organisation *Etat islamique* qu'est la communication (v. sur ce point : M. DELAHOUSSE, *Tuez-les où que vous les rencontriez !* : *Au procès du 13-Novembre, la propagande de l'EI décryptée*, L'OBS, 24 sept. 2021).

¹⁹⁷ C. GODEBERGE, E. DAOUD, *La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes*, Op. cit.

¹⁹⁸ Lequel est énoncé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ces termes : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

¹⁹⁹ Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC, CCE 2018, comm. 64, obs. A. Lepage ; D. 2018. 1233, obs. Y. Mayaud.

la conformité de l'article 421-2-5 du Code pénal au bloc de constitutionnalité – dans une décision aux multiples volets sur lesquels nous reviendrons – il a jugé les peines principales et complémentaires sanctionnant le délit conformes notamment aux principes de nécessité et de proportionnalité²⁰⁰. Il y a lieu de regretter que le grief tiré de la rupture d'égalité ne lui ait pas été soumis. La tendance est donc confirmée à voir dans l'expression sur *Internet* une matérialité autrement différente de celle des expressions par les voies plus classiques, le Sénat avait d'ailleurs amendé le projet de loi en 2014 en ne transférant au Code pénal la provocation directe et l'apologie publique seulement commises par un service de communication au public en ligne, maintenant dans la loi sur la liberté de la presse ces délits lorsque commis par un autre moyen.

Toute redéfinie qu'elle serait par son support numérique, et quelle qu'importante soit l'évolution de la visibilité de la parole apologétique à l'époque des réseaux sociaux, il ne nous semble pas qu'elle puisse jouer, au sens du droit pénal, le rôle causal qui lui est alloué.

B. Une perception sévère du rôle causal de la parole apologétique

La redéfinition de la parole apologétique comme une forme de provocation en matière terroriste n'est pas si évidente que le laissent entendre les réformateurs.

Il semble que le regard porté par le législateur contemporain sur l'apologie en matière terroriste²⁰¹ hérite d'une vision stricte du caractère causal du propos apologétique, celle portée notamment par les rédacteurs de la loi de 1893 qui le rend illicite : ainsi le Garde des Sceaux Antonin Dubost de voir dans l'apologie la « glorification de ces prétendus héros de l'anarchie donnés en exemple à des esprits faibles et dévoyés, qu'on dirige ainsi, plus lentement mais plus sûrement, vers le but qu'on se propose, et auquel on ne les aurait peut-être pas conduits par une provocation trop directe et trop violente ». Le portrait du propos apologétique le donne à voir, ici, plus redoutable encore que la provocation directe. La jurisprudence n'a pas franchement démenti cette analogie au fil des années, et il fut entendu un temps que féliciter la commission d'actes passés équivaldrait à appeler – ainsi indirectement – à la commission d'actes futurs. Mais nous nous satisfaisons davantage de la nuance apportée par le chambre criminelle du milieu du XXème siècle. Précisément, dans un arrêt de 1954²⁰², elle voit dans l'apologie l'infraction qui « consiste dans la

²⁰⁰ Moyennant emploi de la rhétorique classique selon laquelle « les peines ainsi instituées, qui sont prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ne sont pas manifestement disproportionnées » (Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC, cons. n°14 : CCE 2018, comm. 64, p. 34, obs. A. Lepage ; D. 2018. 1233, obs. Y. Mayaud).

²⁰¹ Car, rappelons-le, d'autres apologies se maintiennent à l'article 24 de loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ainsi de l'apologie des crimes définis par le livre II du code pénal, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs.

²⁰² Cass. crim., 11 févr. 1954 : Bull. crim. n° 71.

glorification d'un crime ou de ses auteurs » et qui, « si elle peut provoquer indirectement à le commettre, (...) n'en est pas moins une infraction différente ». Il y aurait donc une différence entre l'apologie du crime même le plus grave et la provocation la plus indirecte au crime, une frontière fine est à tracer, que le Professeur Robert évoque en ces termes : « comparable à la provocation en ce que les esprits enclins à la délinquance peuvent y trouver des arguments et justifications propres à les aider à passer à l'acte, c'est la *ratio legis* de l'incrimination ; (...) l'apologie se distingue de la provocation parce qu'elle reste punissable même quand l'écrivain n'a pas désiré le renouvellement des infractions qu'il excuse ou justifie »²⁰³.

L'apologie n'a cela de provocateur que ce qu'elle est susceptible de pousser autrui à relativiser un acte de terrorisme passé, à le soutenir ou à le glorifier. Les propos apologétiques ne peuvent alors rejoindre l'idée d'une provocation indirecte que parce qu'ils « ne cherchent pas à entraîner une action déterminée, mais sont plus insidieux parce qu'ils créent un état d'esprit particulier, jugé contraire aux grandes valeurs de la société »²⁰⁴. Or le droit criminel ne peut se satisfaire d'un lien de causalité si ténu entre le propos apologétique et la réalisation hypothétique du crime qu'il glorifie, pour le qualifier de provocateur.

D'une autre manière, le propos apologétique peut être assimilé à un acte de participation : il serait un acte de conversion. Le Professeur Safi dans ses travaux²⁰⁵, voit dans le délit d'apologie une appréhension par le droit pénal du prosélytisme intellectuel, qui conjugue acte de conversion et idéologie. C'est l'analogie que fait à notre sens le législateur contemporain : le terrorisme est une criminalité « de nature idéologique »²⁰⁶ et l'apologie publique des actes de terrorisme participe de l'expansion de cette idéologie, elle prolonge l'atteinte aux valeurs de l'Etat en justifiant celles déjà commises. Ainsi entendue, l'apologie peut être une provocation, mais une provocation à la légitimation, au jugement favorable d'une infraction, une provocation à considérer positivement l'acte violent et à un jour, peut-être, le commettre. Elle n'est pas une provocation à l'infraction.

Voilà pourquoi jadis, il s'est agi de ne réprimer que certains propos apologétiques, les plus graves, dans certains domaines spécifiques, pour que ne soient punis que les propos intrinsèquement perturbateurs de l'ordre de public. Cette répression s'envisageait donc par le moyen d'une loi spéciale, celle sur la liberté de la presse, garantie ultime de la préservation de la liberté d'expression même dans les domaines les plus sensibles. Mais le changement de paradigme

²⁰³ J-H. ROBERT, JCl Communication, Fasc. 124 : *Apologies et provocations de crimes et délits*, LexisNexis

²⁰⁴ J-B. THIERRY, JCl Lois pénales spéciales, Fasc. 60 : *Presse et communication – Provocation aux crimes et délits*, LexisNexis

²⁰⁵ F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, Op. cit.

²⁰⁶ J. ALIX, *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, Op. cit., §155 et s.

en matière terroriste a consisté à les estimer causaux dans la réalisation potentielle des actes de terrorismes qu'ils félicitent.

De tels propos appellent indéniablement répression puisqu'ils constituent des abus de la liberté d'expression atteignant l'autorité de l'Etat, de sa justice, troublant les esprits marqués par la commission d'attentats en son sein. Nous ne pouvons en revanche nous satisfaire de cette dangereuse assimilation qui conduit à voir dans la parole un acte terroriste participant de la réalisation de futurs autres. Cette tendance à considérer le propos apologétique appelle en effet un resserrement des limites de la liberté d'expression, qui ne s'entend plus des opinions choquantes.

§2. La regrettable régression de la liberté d'expression face aux opinions choquantes

Les propos faisant l'apologie d'actes de terrorisme appellent une appréhension par le droit criminel. Ils n'en demeurent pas moins des propos. La loi spéciale de presse permettait une mesure dans l'intervention du droit pénal, puisqu'elle impliquait la démarche suivante : une libre expression de principe qui, par exception, dépasse des limites admises (et prédéfinies) pour devenir illicite. Cette démarche de jadis permettait en fait de garder à l'esprit que la liberté d'expression s'entend aussi des propos les plus choquants, sauf à n'être plus qu'un principe d'affichage (A). Pourtant, il n'est pas assuré que le législateur se soit placé en porte-à-faux par rapport au juge européen, qui admet l'incrimination de l'apologie à certaines conditions (B).

A. Propos apologétique et liberté d'expression : entendre le propos qui choque

Il existe bien un lien entre apologie et liberté d'expression que le transfert du délit vers le Code pénal a entendu couper mais qui demeure et demeurera à notre sens, et ce quel que soit le contenu du propos apologétique puisque lui, demeure et demeurera un propos.

Les considérations fondamentales qui sous-tendent la consécration constitutionnelle²⁰⁷ et européenne²⁰⁸ de la liberté d'expression (ici intitulée liberté de communication, là définie comme comprenant liberté d'opinion et de communication) sont relativement similaires. L'Etat démocratique doit consacrer la libre expression en tant qu'elle est un des corollaires du pluralisme, notamment politique. Il n'a pas à inférer dans l'existence des idées et à sélectionner lesquelles de

²⁰⁷ L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « 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 ».

²⁰⁸ L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose, en son premier paragraphe, que « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ».

celles-ci peuvent être entendues – quand d'autres ne seraient pas entendables – ni à choisir lesquelles de celles-ci pourraient être partagées, soutenues, revendiquées, même publiquement.

Le principe même d'une appréhension du propos par la puissance publique implique donc, *per se*, une atteinte à la liberté d'expression. De cela, le législateur ne pourra jamais se défaire, quelle que soit la nature de l'opinion captée et réprimée, son auteur est restreint dans son droit à la libre expression. Il en va ainsi de l'éloge du terrorisme, le propos apologétique est un propos, sa répression est une restriction de la liberté d'expression. Cette affirmation n'est pas exclusive de ladite répression, et ne l'a jamais été : la liberté d'expression existe également par les propres limites qu'elle admet. Il y a lieu de le rappeler, car la rhétorique entourant le transfert au Code pénal de l'apologie du terrorisme semble s'être focalisée sur l'idée que la liberté d'expression serait un obstacle sur le chemin de la répression des propos provocateurs de tous ordres. La liberté d'expression s'entend aussi des propos subversifs, voire corrosifs, sans quoi l'on ne trouverait pas le moindre principe à consacrer. Les gardiens de cette liberté connaissent ces limites, car ils les dessinent.

Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme de considérer classiquement depuis 1976 que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" »²⁰⁹. Le juge européen, lorsqu'il a à juger abstraitement de la compatibilité d'une incrimination d'expression, ou concrètement de celle d'une condamnation par le juge national en matière de propos, est amené à esquisser ces limites de la liberté d'expression. L'apologie du terrorisme (quand bien même le terrorisme aurait une nouvelle envergure depuis les années 2000), ne révolutionne pas cette démarche.

Le terrorisme n'est plus une infraction politique, mais réitérons qu'il repose sur la propagation d'une idéologie qui critique l'ordre établi, dont l'ordre politique est une composante. La Cour de Strasbourg a alors été confrontée à bien des incriminations derrière lesquelles elle a décelé des atteintes indésirables à la liberté d'opinion notamment politique. Les multiples condamnations de la Turquie illustrent parfaitement le risque que représente, pour la liberté d'expression et pour le pluralisme démocratique, toute incrimination en lien avec les propos et opinions qui menaceraient la sûreté ou l'intégrité de l'Etat. A titre d'exemple, dans l'affaire *Dicle c/ Turquie* (n°2), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la condamnation d'un auteur

²⁰⁹ CEDH, 7 déc. 1976, affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n°5493/72, §49.

dénonçant des abus d'autorité et atteintes aux droits de l'homme par l'Etat turc dans des territoires majoritairement peuplés de citoyens d'origine kurde constituait une violation de l'article 10 de la Convention. Sa motivation témoigne de ce que ce type d'incrimination est éminemment de presse et appelle une stricte mesure de la répression. Ainsi en l'espèce « si certains passages, particulièrement acerbes, de l'article brossent un tableau des plus négatifs de l'Etat, et donnent ainsi au récit une connotation hostile, ils n'exhortent pas pour autant à l'usage de la violence, à la résistance armée, ni au soulèvement, et il ne s'agit pas d'un discours de haine, ce qui est aux yeux de la Cour l'élément essentiel à prendre en considération »²¹⁰. Les autres condamnations prononcées contre la Turquie témoignent de ce que les apologies et autres incriminations d'expression requièrent un contrôle délicat du juge européen²¹¹.

Or l'apologie du terrorisme est elle aussi fondamentalement une infraction d'expression, que le droit français avait dit de presse, de cette identité elle ne pourra jamais se départir. En ce qu'elle consiste dans la diffusion d'idées contestataires, cette incrimination appelle la prudence car elle réprime des opinions qui peuvent être qualifiées de politiques. Elle questionne évidemment les limites entendables de la liberté d'expression, mais à notre sens, son transfert au Code pénal nie dangereusement cette identité et avec elle, les précautions à adopter avant la criminalisation de tout propos. Pourtant sa présence au Code pénal, avec toutes les conséquences liées à son interprétation par le juge et à la procédure à laquelle elle est soumise, ne sont pas de nature à inquiéter outre mesure un juge européen dont on peut douter qu'il soit encore un rempart si solide.

B. Répression de l'apologie et juge européen : admettre la censure pour l'ordre et la sécurité

La liberté d'expression a toujours admis des restrictions quel que soit le texte qui la consacre, juge constitutionnel et juge européen s'accordent sur l'admission conditionnée de telles restrictions.

Interrogé sur la conformité à la Constitution du délit d'apologie du terrorisme après quelques années de pratique intensive – à défaut d'un contrôle *a priori* appelé de leurs vœux par bien des observateurs²¹² – le Conseil constitutionnel²¹³ s'est contenté d'une analyse de laquelle nul ne peut se satisfaire lorsque l'enjeu est tel. Au tristement célèbre ancien membre d'une organisation terroriste qui conteste la constitutionnalité de l'article 421-2-5 du Code pénal et précisément de l'apologie, après y avoir été condamné, le Conseil constitutionnel répond laconiquement que la

²¹⁰ CEDH, 11 avr. 2006, affaire *Dicle c. Turquie*, Req. n°46733/99, §33.

²¹¹ V. sur ce point : J. PIERET, *Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme*, Op. cit. p. 222.

²¹² C. GODEBERGE, E. DAOUD, *La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes*, Op. cit.

²¹³ Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC, CCE 2018, comm. 64, obs. A. Lepage ; D. 2018. 1233, obs. Y. Mayaud.

liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789 n'empêche pas la répression des abus qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Précisément en matière terroriste, la « lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme (...) participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions »²¹⁴. L'apologie est alors dite nécessaire, adaptée et proportionnée à ces objectifs poursuivis, car « par la large diffusion des idées et propos dangereux qu'elle favorise, [elle] crée par elle-même un trouble à l'ordre public »²¹⁵. L'abstraction inhérente à l'approche constitutionnelle ne permet pas de réellement interroger la conformité du délit d'apologie nouvellement entendu comme une infraction terroriste.

La Cour européenne des droits de l'homme est encline à bien plus de nuance – et de contextualisation, au risque d'une insaisissable casuistique, nous y reviendrons – lorsqu'il est question de l'incrimination d'apologie et de restrictions à la liberté d'expression. En contrôlant ce type d'incrimination à la lumière du second paragraphe de l'article 10 de la Convention²¹⁶, qui délimite les restrictions à la liberté d'expression, la Cour a été amenée à expliquer à quelles conditions elle accepte le principe et la pratique d'un délit d'apologie. D'emblée faut-il préciser qu'elle n'est pas opposée à l'incrimination de la provocation ou de l'apologie du terrorisme, qui passe souvent sans grande difficulté son fameux contrôle²¹⁷ des restrictions étatiques aux droits conditionnels : l'incrimination des incitations au terrorisme ne prive pas la liberté d'expression dans sa substance même, vise un but légitime (la préservation de la vie étatique), constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique, notamment à l'intégrité territoriale et à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime.

Ce contrôle concret de la Cour de Strasbourg s'est porté sur l'incrimination française de l'apologie du terrorisme, en tant qu'infraction de presse, il n'avait pas satisfait tous les commentateurs dans sa validation dudit délit. L'arrêt fut rendu dans l'affaire dite *Leroy*²¹⁸, du nom d'un dessinateur qui, deux jours après les attentats new-yorkais du 11 septembre 2011, publia un

²¹⁴ *Ibid.*, §19.

²¹⁵ *Ibid.*, §21.

²¹⁶ Lequel dispose que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

²¹⁷ Nous entendons par là la méthodologie développée par la Cour européenne des droits de l'homme pour le contrôle de la restriction apportée par un Etat partie à tout droit conditionnel de la Convention, reposant sur quatre critères de révision par la loi, poursuite d'un but légitime, nécessité dans une société démocratique et préservation de la substance du droit restreint. Ils furent pour la première fois exprimés dans l'affaire *Waite et Kennedy c. Allemagne* (CEDH, 18 fév. 1999, affaire *Waite et Kennedy c. Allemagne*, Req. n°26083/94, §59).

²¹⁸ CEDH, 2 oct. 2008, affaire *Leroy c. France*, Req. n°36109/03 ; RSC 2009. 124, obs. J. Francillon.

dessin symbolisant l'attaque, accompagné d'une abjecte légende : « Nous en avons tous rêvé... le Hamas l'a fait ». Condamné pour complicité d'apologie du terrorisme, il interroge la conformité du délit à l'article 10 de la Convention, dans des termes qui nous semblent plutôt relever du mobile, mais qui ne sont pas sans questionner, aussi, les contours du délit et notamment son élément moral²¹⁹. La réponse de la Cour laisse l'observateur dubitatif quant à la possibilité d'anticiper une condamnation européenne lorsque les juges nationaux répriment la provocation ou l'apologie d'actes de terrorisme. En effet, pour conclure à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention, la Cour européenne ne prête pas une réelle attention à la constitution de l'infraction ou du moins à la possibilité pour un juge de condamner des propos satiriques, choquants. Elle se contente d'une appréciation floue du contexte général de la publication en cause, de son caractère déplacé, et oppose à l'Etat une balance des intérêts entre la dignité des victimes, l'état de choc de la population sur le lieu et au moment de la publication, et les « limites raisonnables » de la liberté d'expression. Pourtant, il y avait à tout le moins matière à s'interroger : « est-elle vraiment "nécessaire dans une société démocratique" la condamnation d'un dessinateur pour une légende humoristique ajoutée (certes maladroite et inopportune, voire de mauvais goût) ? »²²⁰. Recherchant, dans cet arrêt et dans bien d'autres en matière d'incitation au terrorisme²²¹ « si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental d'un individu à la liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes »²²², la Cour de Strasbourg ouvre la voie à une analyse éminemment contextuelle et casuistique. Elle valide l'existence d'une incrimination d'apologie du terrorisme dans le droit national et diffuse ensuite une jurisprudence fournie qui tantôt censure, tantôt avalise, des condamnations pour ce délit, dont elle estime que dans certaines circonstances spatiotemporelles (qu'elle seule maîtrise et fait évoluer), elles peuvent constituer une atteinte disproportionnée... à la liberté d'expression. D'aucuns s'offusquent de ce que le rempart européen ne soit réduit qu'à peau de chagrin en matière terroriste, où les restrictions notamment de la liberté d'expression sont facilement admises. D'autres questionnent la démarche qui consiste à valider un délit d'opinion dans son existence même pour

²¹⁹ *Ibid.* §34 : « Le requérant conteste avoir commis une apologie de terrorisme. Il affirme que son dessin n'était pas la manifestation d'une quelconque conviction quant à un prétendu caractère bénéfique de l'action terroriste, et explique qu'il ne visait qu'à critiquer le capitalisme et l'impérialisme américain. Il souligne que la légende accompagnant ce dessin ne saurait formuler une appréciation positive des attentats du World Trade Center, mais entendait pasticher un célèbre slogan publicitaire (de la marque Sony), dans un sens humoristique ».

²²⁰ P. PONCELA, *Les naufragés du droit pénal*, Archives de politique criminelle, vol. 38, no. 1, 2016, pp. 7-26.

²²¹ V. par ex : CEDH, 25 nov. 1997, affaire *Zana c. Turquie*, Req. n°18954/91.

²²² CEDH, affaire *Leroy c. France*, Op. cit., §37.

en neutraliser ensuite aléatoirement l'application selon des considérations éminemment contextuelles, en toute opportunité²²³.

Notons que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu à se prononcer sur le délit français d'apologie des actes de terrorisme depuis son déplacement de la loi protectrice de presse vers le Code pénal. Or il y a lieu de s'interroger, « si le juge européen l'admet dans son principe, examinant seulement le contexte de sa mise en œuvre, ne s'arrêtera-t-il pas, désormais, sur les règles dérogatoires de procédure applicables qui, facilitant la répression, limitent la liberté d'expression au-delà de ce qui est nécessaire ? »²²⁴. Le salut viendra peut-être d'une décision prochaine de la Cour européenne (dont nous pouvons espérer qu'elle fasse entendre au législateur l'idée que l'apologie est une infraction liée au terrorisme sans en être une alliée), en effet celui que nous désignons ci-avant comme l'ancien condamné pour terrorisme reconverti en apologiste des actions modernes ne s'est pas contenté d'une question prioritaire de constitutionnalité, et a adressé une requête individuelle à Strasbourg²²⁵.

Section 2. L'apologie, une indésirable parmi les procédures antiterroristes

La qualification d'acte de terrorisme attribuée à l'apologie emporte de graves conséquences dans son traitement procédural, qui concernent également la provocation directe mais qui en pratique touchent surtout ce premier délit, bien plus mobilisé par les parquets, bien trop lié à l'expression et à l'opinion pour faire l'objet d'un tel traitement.

Il est assumé par les réformateurs de 2014 que la loi vise dans sa globalité à faciliter le travail des enquêteurs et à leur conférer de meilleurs moyens d'annihiler préventivement toute progression de la volonté criminelle en matière terroriste. Le dispositif conjugue ainsi l'appréhension du propos apologétique par une procédure pénale antiterroriste et de droit commun résolument inadaptée à une incrimination d'expression (§1). Il participe d'une entreprise d'aggravation de la procédure pour ce type de délits, d'une œuvre d'anticipation et de prévention qui mêle considérations criminologiques et coopération avec le juge administratif, autre acteur de la prévention du terrorisme (§2).

²²³ V. not. Ph. CONTE, *Apologie publique d'actes de terrorisme*, Droit pén., 2019, comm. 20 (note sous Cass. crim., 27 nov. 2018, n°17-83-602).

²²⁴ F. GRAS, *Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie de terrorisme*, LEGICOM, vol. 57, no. 2, 2016, pp. 57-67.

²²⁵ CEDH, saisine, 12 avr. 2021, n° 28000/19, R. c/ France.

§1. L'appréhension du propos apologétique par une procédure pénale inadaptée

N'ayant conservé qu'un maigre héritage de son berceau d'origine (A), le délit de l'article 421-2-5 du Code pénal fait l'objet d'un traitement procédural quasiment analogue à celui des infractions terroristes qui l'entourent (B), avec toute la sévérité qu'un tel traitement implique. Du reste, il est régi par un droit commun non moins inadapté (C).

A. Un terme à l'évidement de la loi spéciale de presse

La présence de la provocation directe et de l'apologie, publiques, des actes de terrorisme au sein de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse faisait de ces délits des incriminations astreintes à un régime procédural favorable à la cardinale liberté d'expression, dont ils sont des restrictions. Menée par un législateur fêru d'interventions ponctuelles dans certains domaines lui permettant de contourner ce régime qu'il conçoit comme un obstacle, une entreprise d'évidement²²⁶ de ce droit dérogoire s'observe depuis des années. Elle a concerné un temps les délits de provocation et d'apologie des actes de terrorisme.

La prescription abrégée figure parmi les plus emblématiques dispositions procédurales de presse, autant qu'elle symbolise l'entreprise de déspecialisation à l'œuvre dans les temps récents. Par principe fixée à une durée de trois mois par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881²²⁷, présentée par la jurisprudence comme une garantie offerte à la liberté d'expression²²⁸, celle-ci fait l'objet d'exceptions de plus en plus nombreuses que permet l'ajout par la loi dite « Perben 2 » du 9 mars 2004 d'un article 65-3, lequel porte la prescription à un an pour certains délits qu'il liste. La voie était ouverte dès 2004 à la complétion de la liste, que le législateur antiterroriste a évidemment empruntée en 2012²²⁹, pour porter à un an la prescription de l'action publique des délits de provocation et d'apologie des actes de terrorisme (il était soutenu par le Gouvernement que la plupart des procédures ouvertes pour ces délits avait « sans doute abouti à un classement sans suite [non] quantifiable en l'état »²³⁰). Les hésitations quant au point de départ du délai à l'aune des publications sur *Internet* étaient ainsi palliées par un délai lui-même allongé. De la même manière,

²²⁶ Selon la formule employée par Frédéric Gras, lequel oppose la technique de l'évidement qui consiste dans une déspecialisation des incriminations contenues dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, à la technique de l'évitement, consistant dans la création d'incriminations de presse hors de cette loi spéciale ou dans le transfert au Code pénal de celles qu'elle a pu contenir (F. GRAS, *Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie de terrorisme*, Op. cit.).

²²⁷ Art. 65, al. 1^{er}, L. 29 juill. 1881 : « L'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi se prescriront après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait ».

²²⁸ V. en ce sens, Cass. crim., 14 déc. 2000, n°98-22.427 : « la courte prescription, édictée par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, a pour objet de garantir la liberté d'expression ».

²²⁹ Art. 4, Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme.

²³⁰ Etude d'impact, Projet de loi relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, p.34.

protègent les auteurs d'infractions de presse les dispositions procédurales spécifiques des 50 à 53 de la loi du 29 juillet 1881. L'article 52 prohibe le recours à la détention provisoire pour les infractions de presse²³¹, mais la même loi antiterroriste de 2012²³² a assorti cette impossibilité de principe d'exceptions relatives à la provocation et à l'apologie du terrorisme. L'article 50-1 permettait au juge des référés d'ordonner l'arrêt d'un service de communication au public en ligne sous certaines conditions pour des faits d'apologie et de provocation aux actes de terrorisme, il fut donc repris au Code de procédure pénale malgré le transfert²³³. Les infractions de presse relatives au terrorisme étaient donc déjà dénoncées pour la faveur qu'elles impliquaient en procédure à l'endroit de leurs auteurs, et faisaient l'objet de dérogations. Plus encore dès 2011, par la loi dite « LOPPSI »²³⁴, le législateur avait rendu permmissible l'enquête sous pseudonyme, technique spéciale d'enquête alors prévue au Code de procédure pénale²³⁵ et permettant aux enquêteurs d'interagir directement avec les auteurs, pour en capter les abus d'expression.

De ce régime de presse, il ne reste au délit – s'il est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne – qu'un maigre héritage²³⁶ : le régime de la responsabilité « en cascade » des articles 42 et 43 de la loi de 1881, en tant qu'il a toujours fait contrepoids avec la procédure favorable, et qu'il permet à partir d'une liste de responsables successifs de pallier la défaillance de l'un par l'engagement de la responsabilité de l'autre.

En 2014, il ne s'agissait donc pas d'affaiblir la loi spéciale de nouvelles dérogations propres au terrorisme – le phénomène d'évidement se vérifie pourtant toujours en 2021²³⁷ – mais d'assumer enfin qu'apologie et provocation n'étaient plus des infractions de presse.

B. Une application parcellaire de la procédure antiterroriste

Le transfert des délits de provocation et d'apologie parmi les infractions du Chapitre premier du Titre II du Livre IV du Code pénal en fait des actes de terrorisme au sens du Code de procédure pénale. C'est à notre sens ce qu'il faut dire avant de se pencher sur la question de savoir lesquels des actes de terrorisme sont pour le Conseil constitutionnel des actes terroristes ou de terrorisme. Ils sont ainsi soumis aux dispositions procédurales relatives à la poursuite, à l'instruction

²³¹ Ce qui implique, selon la chambre criminelle, qu'est également interdit le recours au contrôle judiciaire : Cass. crim., 16 juill. 1986, *Bull. crim.* n°235.

²³² Art. 4, Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme.

²³³ Art. 706-23, C. proc. pén.

²³⁴ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

²³⁵ Art. 706-25-2, C. proc. pén. Logiquement abrogé à l'occasion du transfert de ces deux délits vers le Code pénal en 2014, l'article subsiste avec un contenu différent depuis que la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique y a logé une disposition permettant au parquet antiterroriste de communiquer à certains services de renseignements des éléments de procédures d'enquête ou d'instruction ouvertes pour certaines infractions.

²³⁶ Art. 421-2-5, al. 3 C. pén.

²³⁷ V. J.-B. THIERRY, *La déspecialisation de la procédure pénale applicable aux infractions de presse*, AJ pénal 2021. 504.

et au jugement de ces actes, des articles 706-16 à 706-73 dudit code²³⁸. Ce sévère dispositif s'applique par principe, il est parfois relayé par les règles propres à la criminalité organisée. Certaines de ces formalités applicables au propos apologétique (ou directement provocateur) témoignent de ce que l'incrimination n'est peut-être pas à sa juste place.

Ainsi l'apologie du terrorisme et sa provocation relèvent-t-elles désormais de la compétence du pôle antiterroriste parisien²³⁹. Les enquêteurs ont à disposition un panel de techniques spéciales d'enquêtes particulièrement fourni, celui-là même propre à la criminalité terroriste et plus largement organisée²⁴⁰. Ainsi l'enquête ou l'information ouvertes pour des propos provocateurs ou apologétiques peuvent donner lieu à une surveillance²⁴¹ ou à une infiltration²⁴², encore à ces « autres techniques spéciales d'enquête »²⁴³ que sont notamment les sonorisations de lieux et de véhicules, la captation des données informatiques et les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications. Graves intrusions dans la vie privée, ces pratiques policières sont extrêmement sévères lorsqu'il n'y est procédé que pour la recherche de preuves établissant l'existence de propos apologétiques ou provocateurs, mais il faut évidemment dire ici qu'elles s'entendent surtout de moyens de rechercher si au-delà des premiers propos constatés, d'autres ne les ont pas entourés ou qu'un projet terroriste ne mûrit pas dans l'esprit ou l'entourage de celui qu'elles visent. Il y a tout de même lieu d'y voir une menace importante pour la liberté d'expression, et de s'interroger sur ce que dit l'extension permanente des régimes procéduraux dérogatoires de l'état de notre législation criminelle, de dénoncer enfin cette « banalisation d'un droit d'exception »²⁴⁴ en matière terroriste.

C'est justement en considération de ce qu'apologie et provocation au terrorisme ne sont pas les plus graves des actes de terrorisme, de leur catégorie, qu'est expressément écartée l'application à leur endroit de certaines dispositions en matière antiterroriste. Ainsi la poursuite de ces délits ne peut donner lieu à une garde-à-vue excédant quarante-huit heures²⁴⁵, de la même manière que si, en matière de délinquance organisée, le juge d'instruction peut autoriser par

²³⁸ Pour un regard sur l'ensemble des mouvements à l'œuvre au sein de ce Titre X « De la poursuite, de l'instruction et du jugement des actes de terrorisme », v. H. MATSOPOULOU, *L'évolution du dispositif de lutte contre le terrorisme, Quelles mutations pour la justice pénale du 21^e siècle ?* : éd. Dalloz, 2020, p. 151.

²³⁹ Art. 706-17 et 706-22-1, C. proc. pén.

²⁴⁰ Le terrorisme figurant parmi les infractions énumérées au titre de la délinquance organisée. V. sur ce point : J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 7^e éd., 2018, n°244 et s.

²⁴¹ Art. 706-80, C. proc. pén.

²⁴² Art. 706-81, C. proc. pén.

²⁴³ Art. 706-96-11 à 806-102-5, C. proc. pén.

²⁴⁴ CNCDH, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Ass. plén., 25 sept. 2014, §29.

²⁴⁵ Art. 706-24-1, C. proc. pén. : « Les articles 706-88 à 706-94 du présent code ne sont pas applicables aux délits prévus aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du code pénal ».

ordonnance motivée une perquisition de nuit (débutant entre vingt-et-une heure et six heures)²⁴⁶, l'apologie et la provocation au terrorisme en sont exclues. Enfin, la fin du délai de prescription abrégé n'a pas abouti à ce qu'ils se prescrivent par vingt ans comme les autres délits de l'article 706-16²⁴⁷, de sorte que leur est applicable la prescription délictuelle de droit commun par six ans²⁴⁸. Certains y voient un éclatement du régime des infractions terroristes « qui ne s'applique pas dans sa totalité aux nouveaux délits »²⁴⁹, ainsi qu'un moyen de rasséréner le Conseil constitutionnel. Et pour cause, en 1996²⁵⁰, ce dernier avait pu censurer le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France comme infraction terroriste, en 2013²⁵¹ il avait refusé notamment la garde-à-vue pour quatre-vingt-seize heures et autres dispositions propres à la délinquance organisée à la corruption, au trafic d'influence et à la fraude fiscale aggravée. Il n'a, effectivement, rien trouvé à redire en 2018²⁵².

Il reste que la soumission au droit antiterroriste de l'apologiste ou du provocateur par les propos n'est pas anodine et a de quoi inquiéter. Il en va d'une législation antiterroriste préventive dans sa délimitation des incriminations et sévère dans son appréhension procédurale dès le simple propos inquiétant des enquêteurs en matière terroriste. La procédure pénale de droit commun s'applique au surplus.

C. Un traitement partiel par la procédure de droit commun

Le droit commun procédural trouve à s'appliquer pour les poursuites et la répression des délits de l'article 421-2-5 du Code pénal là où criminalité organisée et terroriste n'impliquent pas dérogation. La procédure n'appelle pas moins de critiques et l'on doute de sa compatibilité avec de tels délits d'expression.

La prescription de droit commun s'applique, un délai de six ans en matière délictuelle qui rompt franchement avec ceux de trois mois puis d'un an prévus jadis, preuve de ce que le législateur ne se soucie plus de la prémunition des organes de presse contre les plaintes récurrentes (le délai abrégé participe indéniablement de la dissuasion à systématiquement déposer plainte). Il s'est focalisé sur sa commission par les particuliers, surtout en ligne, et n'a plus à l'esprit la possibilité

²⁴⁶ Art. 706-91 C. proc. pén.

²⁴⁷ Désormais abrogé, l'article 706-25-1 du Code de procédure pénale prévoyait en son alinéa troisième que cette prescription de vingt ans ne s'appliquait pas aux délits prévues aux articles 421-2-5 et 421-2-5-2 du Code pénal.

²⁴⁸ Art. 8, al. 10, C. proc. pén.

²⁴⁹ B. DE LAMY, *Des actes aux paroles ; des paroles aux actes (à propos des délits d'apologie et de provocation terroristes)*, Op. cit.

²⁵⁰ Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC.

²⁵¹ Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC.

²⁵² Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC, cons. n°23 : « Enfin, si, en raison de son insertion dans le code pénal, le délit contesté n'est pas entouré des garanties procédurales spécifiques aux délits de presse prévues par la loi du 29 juillet 1881 mentionnée ci-dessus, les actes de terrorisme dont l'apologie est réprimée sont des infractions d'une particulière gravité susceptibles de porter atteinte à la vie ou aux biens ».

d'un propos potentiellement apologétique exprimé par une voie de presse plus traditionnelle. L'application du droit commun implique encore celle du dispositif des saisies et confiscations.

Surtout, il n'y a pas à parcourir les dispositifs dérogatoires pour trouver des procédures sévères. Par leur transfert au Code pénal, l'apologie et la provocation aux actes de terrorisme sont éligibles à un traitement judiciaire d'urgence, puisque le tribunal correctionnel peut être saisi, autrement que par une convocation par procès-verbal, par une comparution immédiate ou différée²⁵³. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est également possible, sous réserve que le propos n'ait pas été proféré au moyen d'un service de communication au public en ligne puisqu'aggravée à sept ans, la peine encourue exclurait cette procédure. La Commission nationale consultative des droits de l'homme n'est pourtant pas favorable à quelconque usage des procédures d'urgence pour appréhender des infractions d'expression²⁵⁴. Il y a effectivement lieu de s'inquiéter de ce que l'apologie est particulièrement réprimée par voie de comparution immédiate, le délit est d'interprétation délicate, il entretient un lien inextricable avec la liberté d'expression, autant qu'il interroge ses limites. Il appelle donc bien plus de mesure et de prudence que ne le permet une audience de comparution immédiate. C'est pourtant la voie préférentielle des parquets, et la multiplication de telles audiences dans les temps qui suivent la commission d'un attentat terroriste sur le sol français donne à voir tous les travers d'une justice expéditive et sourde aux nuances face à des propos plus ou moins complexes²⁵⁵. Notons que plusieurs amendements au projet de loi proposant le transfert de l'apologie au Code pénal visaient à exclure, pour ce délit, la possibilité de la comparution immédiate²⁵⁶, il était question de sa prétendue nature d'infraction politique, il n'en advint rien.

Ce traitement procédural de l'apologie du terrorisme donne à voir la tentation par les acteurs de la procédure pénale de la saisir dans le cadre d'une véritable « coup de filet » : le propos apologétique permet d'enquêter sur la dangerosité de son auteur lui-même et initie le déclenchement du droit antiterroriste dans plusieurs de ses aspects.

²⁵³ Art. 393 à 397-7, C. proc. pén.

²⁵⁴ CNCDH, Ass. plén., 12 févr. 2015, *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*.

²⁵⁵ V. sur ce point : M. HENRY, *Apologie du terrorisme : la justice cogne ferme*, Libération, 14 janv. 2015 ; L. SOULLIER, *Apologie du terrorisme : la justice face à l'urgence*, LeMonde.fr, 23 janv. 2015.

²⁵⁶ Ainsi de deux amendements déposés par la députée Danielle Auroi et la sénatrice Esther Benbassa.

§2. L'appréhension du propos apologétique en vue d'un large coup de filet

Du traitement procédural dont fait l'objet l'apologiste ou celui qui provoque directement à l'acte de terrorisme, l'on tire le constat qui suit : au-delà de son caractère potentiellement – et, nous l'avons dit, hypothétiquement – causal, ce propos est également perçu comme un acte individuel d'adhésion à l'idéologie dont il se fait l'écho. En ce sens, le propos apologétique a son équivalence criminologique à l'époque du terrorisme idéologique contemporain : il est un indicateur de la radicalisation de celui qui le profère (A). C'est donc en tant qu'indicateur de risque qu'il est saisi par les dispositifs antiterroristes qui, dans leur entreprise de prévention du passage à l'acte, appellent la conjugaison du droit pénal avec le droit administratif, la coopération de leurs juges (B).

A. Le propos apologétique, acte et indicateur de radicalisation

Si celui qui par ses mots provoque directement ou fait l'apologie d'actes de terrorisme subit la sévérité d'un dispositif antiterroriste conçu pour en endiguer toutes les formes, c'est à notre sens autant parce que son propos crée un risque hypothétique de passage à l'acte de terrorisme par un autrui, que parce qu'il témoigne d'un potentiel intérêt de son auteur pour l'idéologie terroriste. L'idée semble surtout valoir pour l'apologie, déjà parce qu'elle est plus pratiquée, ensuite parce que son caractère causal dans la réalisation hypothétique d'un acte de terrorisme est peut-être, nous l'avons vu, surestimé.

Voilà un autre aspect du délit qui ressort de la façon dont sa poursuite et sa répression ont évolué depuis quelques années : le propos apologétique est un indicateur d'une potentielle radicalisation de celui qui le profère. Ainsi perçu, le propos provocateur ou apologétique ne serait qu'un exemple parmi d'autres d'actes préparatoires saisis autonomement par le droit pénal au titre de son œuvre de prévention des atteintes graves à l'ordre public, surtout en matière terroriste²⁵⁷. Le renouvellement récent du phénomène terroriste qui conduit l'Etat à se méfier des passages à l'acte individualisés, très éloignés de la véritable participation à une entreprise terroriste, passerait donc par une prévention du risque face à tout propos traduisant une simple adhésion à l'idéologie. L'on renouerait ici avec les conceptions les plus subjectives du seuil d'intervention du droit criminel, déplacé au moment où le comportement de l'agent révèle son intention même la plus maigre de passer un jour à l'acte²⁵⁸.

²⁵⁷ Ainsi, indéniablement, de l'extensible délit d'association de malfaiteurs terroriste, ainsi surtout de l'histoire confuse de la consultation habituelle de sites terroristes (dite recel d'apologie).

²⁵⁸ H. DONNEDIEU DE VABRES, *La crise du droit pénal moderne, La politique criminelle des États autoritaires*, Sirey, Paris, 1938.

Nous confortent dans cette idée d'une perception nouvelle du propos apologétique certaines des justifications de son transfert durant les travaux législatifs de 2014. Une notion criminologique récente liée au terrorisme, celle du « loup solitaire », fut martelée par les réformateurs, qui y ont vu l'assise scientifique de leur nouvel arsenal destiné à prévenir autant que faire se peut le terrorisme individualisé²⁵⁹. Son origine exacte n'est pas établie²⁶⁰, mais elle définit le profil de celui qui, individuellement, et isolément, se dirige vers la résolution criminelle et potentiellement vers le passage à l'acte de terrorisme. A l'époque moderne du terrorisme idéologique et religieux, est ainsi un « loup solitaire » celui qui, seul, emprunte le chemin de la radicalisation. C'est justement contre cette radicalisation, notion aux contours tout aussi délicats et non moins contestée²⁶¹, que le législateur a entendu lutter, se focalisant sur la menace grave du terrorisme djihadiste en France. De ce vaste phénomène de radicalisation, la grande variété des profils serait un aspect, parmi eux, figurent alors les « loups solitaires ». Perçue comme la traduction concrète d'une véritable politique de lutte contre la radicalisation en France (qui s'estimait en retard par rapport à ses voisins européens), la loi du 13 novembre 2014 a alors enrichi l'arsenal antiterroriste de moyens permettant d'appréhender ces « loups solitaires ». Le déplacement de l'apologie du terrorisme au Code pénal participe à notre sens de cette politique, le propos apologétique serait un acte indiquant la radicalisation de son auteur, mais la loi vise également la prévention du passage à l'acte individualisé par d'autres moyens : ainsi de la création d'un dispositif d'interdiction de sortie du territoire (article 1), de celle du délit d'entreprise terroriste individuelle (article 6)²⁶², etc. Si le législateur doit évidemment tenir compte des nouvelles formes de criminalité terroriste pour mieux en empêcher les dramatiques conséquences, l'utilisation de notions sociologiques dénuées d'une rigueur absolue met en danger la cohérence du droit, et les libertés. D'ailleurs, à propos des « loups solitaires », peut-être le législateur a-t-il omis que ce qualificatif désignait aussi ceux qui, parfois atteints de troubles mentaux, passent à l'acte sans réellement avoir

²⁵⁹ « Le développement d'internet a rendu nos schémas d'appréhension de la criminalité désuets. *Internet* a brouillé les pistes, engendrant ces « loups solitaires » (...) ces individus autoradicalisés par la force persuasive d'internet, touchés par des vidéos de propagande conçues à des milliers de kilomètres de distance. », relevait le sénateur Jacques Mézard (v. Sén., déb., XIV^{ème} législature, 2013-2014, 15 oct. 2014).

²⁶⁰ Pour une brève histoire de la notion de « loup solitaire » : v. H. MOUTOUH, *Loup solitaire*, éd., *Dictionnaire du renseignement*. Perrin, 2018, pp. 517-518.

²⁶¹ Définie par le sociologue Farhad Khosrokhavar comme « le processus par lequel un individu ou un groupe adopte une forme violente d'action directement liée à une idéologie extrémiste à contenu politique, social ou religieux, qui conteste l'ordre établi sur le plan politique social, ou culturel » (F. KHOSROKHAVAR, *Radicalisation*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, series: « Interventions », 2014, p. 8), l'expression « radicalisation » est souvent critiquée pour son caractère politique et sa relative imprécision.

²⁶² Qui peut d'ailleurs s'entendre de la consultation habituelle de services de communication au public en ligne ou de la détention des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, vestige du recel d'apologie pourtant reconnu pour sa disproportion.

adhéré à l'idéologie véhiculée par une organisation terroriste, et dont l'acte est souvent récupéré par ladite organisation pour son compte.

Le risque de la généralisation est de faire de tous des « ennemis d'Etat »²⁶³, il inquiète toujours, à terme, l'équilibre de la société démocratique. Il reste que le propos apologétique s'est mué en acte indicateur de radicalisation, lequel peut déclencher l'intervention d'un arsenal antiterroriste conjuguant droit pénal et mesures administratives.

B. Le propos apologétique, catalyseur de l'intervention pénale et administrative

Le Doyen Hauriou, et avec lui l'« Ecole de Toulouse », se satisfaisaient d'une définition de l'administration dépassant son aspect organique pour se concentrer sur ce qu'ils identifiaient comme son principal office : la préservation de l'ordre public²⁶⁴ (reléguant la satisfaction de l'intérêt général à un rang subalterne). L'action de la puissance publique consistant dans la prévention des troubles à l'ordre public par la réglementation de l'activité des individus s'entend alors du terme générique de « police administrative »²⁶⁵. La prévention du terrorisme en droit comprend un volet administratif non négligeable, dont une brève étude appellera ici deux constats : la prévention du terrorisme par l'Etat lorsqu'elle implique l'interdiction de certains propos interroge les contours de la notion d'ordre public ; et l'action conjuguée des dispositifs administratif et pénal doit être scrutée « avec vigilance »²⁶⁶.

La lutte contre le terrorisme s'opère par des mesures de police administrative dont certaines étendent l'ordre public au-delà de son acception traditionnelle, ce qui fait dire à certains qu'elles protègent un ordre public paré d'immatérialité, un ordre public moral. La protection du socle de valeurs communes aux individus, qu'ils partagent et qui deviennent celles de la société démocratique à un moment donné, implique parfois une intervention de la puissance publique pour limiter la diffusion de certaines idées qui touchent les mœurs, la moralité, la dignité publiques. Le principal risque réside alors dans la confusion par l'Etat de son rôle protecteur avec un rôle correcteur, la prévention des « atteintes au minimum d'idées morales naturellement admises à une époque donnée par la moyenne des individus »²⁶⁷ ne doit pas impliquer de la part de celui-ci une ingérence disproportionnée et systématique dans les consciences.

²⁶³ R. KEMPF, *Ennemis d'État. Les lois scélérates, des anarchistes aux terroristes*, Paris, La fabrique éditions, 2019, 227 p.

²⁶⁴ V. en ce sens : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., 1893.

²⁶⁵ C'est en tout cas la définition englobante proposée par le Professeur Péchillon (E. PECHILLON, *Droit administratif général*, Cours magistral, Université Bretagne Sud, 2018).

²⁶⁶ F. MALLOL, *Sur la prévention des actes terroristes*, Gaz. Pal. 16 févr. 2021, n° 396f5, p. 15.

²⁶⁷ P.-H. TEITGEN, *La Police municipale*, thèse Nancy, 1934, p. 34.

Les propos véhéments, ceux qui appellent au désordre, parmi eux ceux qui font l'éloge d'atteintes graves à la sûreté de l'Etat, et donc notamment les soutiens oraux au terrorisme ou à une idéologie terroriste, peuvent justifier diverses mesures de police administratives. La plus significative est l'interdiction de certaines réunions publiques, manifestations, ou de certaines représentations artistiques. Les équilibres sous-jacents à toute mesure administrative de ce type trouvent un écho dans l'ordonnance du Conseil d'Etat qui, en 2014, avait annulé celle par laquelle le Tribunal administratif de Nantes avait autorisé le spectacle d'un humoriste particulièrement clivant, connu pour son traitement acerbe des questions ethniques, et sa dérision à l'endroit d'évènements historiques graves²⁶⁸. Réaffirmant que « les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées », mais soucieux du « climat de vive tension » et de la potentialité de « risques sérieux de troubles à l'ordre public », le juge administratif tranche en faveur de la protection de la dignité de la personne humaine pour aller dans le sens de l'interdiction du spectacle. Vivement commenté, cet événement est un exemple de ce que le juge administratif face aux abus de la liberté d'expression est amené, comme le juge pénal, à se prononcer sur les contours de l'ordre public et sur la dangerosité d'une opinion en tant que telle. Son office se conjugue parfois avec celui du juge pénal.

Le propos apologétique, autant qu'il peut être appréhendé par le droit pénal, déclenche aussi certains dispositifs antiterroristes administratifs. Nous en donnerons deux exemples. En 2014, le transfert du délit au Code pénal s'est accompagné de mesures administratives pouvant toucher le site *Internet* faisant l'apologie du terrorisme : ainsi la loi par son article 12 renforce les obligations de signalement des hébergeurs et autorise le blocage et le déréférencement des sites faisant l'apologie du terrorisme²⁶⁹. La procédure, fixée par le décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique, est surveillée dans certains de ses aspects par une « personnalité qualifiée » de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Le juge administratif est, du reste, le juge compétent, puisque les mesures sont décidées par l'autorité administrative, ce qui fait dire à certains que s'éteint la distinction nette entre police administrative et judiciaire²⁷⁰. Ce blocage administratif est une mesure d'urgence qui a cela de rassurant qu'elle empêche la plus large diffusion d'un propos apologétique

²⁶⁸ CE, ord., 9 janv. 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374508.

²⁶⁹ L'article 12 II de la loi du 13 novembre 2014 crée un article 6-1 dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

²⁷⁰ Et pour cause, « le nouveau texte habilite l'autorité administrative à décider du blocage, alors même qu'une ou plusieurs infractions ont déjà été commises » (CNCDH, *AVIS sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Ass. plén., 25 sept. 2014, §19).

sur *Internet*, est tout de même débattue son utilité réelle notamment en matière de lutte contre le terrorisme²⁷¹.

Il reste que ce dispositif représente la coopération des droits antiterroristes pénal et administratif, et l'idée que le propos apologétique peut déclencher leur intervention simultanée se vérifie encore récemment. En 2017²⁷², le législateur a rendu possible l'application des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance du Chapitre VIII du Code de la sécurité intérieure restrictives de libertés à l'encontre de « toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui (...) soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes »²⁷³. Strictement encadré dans son application, le dispositif a été validé par le Conseil constitutionnel²⁷⁴.

L'assimilation de l'apologiste à un provocateur indirect aux actes de terrorisme emporte donc sa fâcheuse présence au Code pénal, parmi les infractions terroristes, loin de l'historique loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui, à notre sens, permettait de s'assurer d'une répression adaptée à la nature d'infraction d'expression et d'opinion qu'est l'apologie. Celle-ci subit désormais la sévérité d'un dispositif pluridisciplinaire de lutte contre le terrorisme, mêlant procédures d'urgence, techniques d'enquêtes éminemment intrusives, prévention administrative. Il y a lieu de douter qu'ainsi jugé depuis 2014, en proie aux écueils de la justice immédiate et de réaction, le délit d'apologie du terrorisme soit sorti indemne dans l'interprétation de ses éléments et de sa *ratio legis*.

²⁷¹ V. sur ce point : P. BELLOIR, *Le blocage et le déréférencement administratifs des sites internet faisant l'apologie ou provoquant au terrorisme*, Gaz. Pal. 24 févr. 2015, n° 213y3, p. 19.

²⁷² Art. 3, Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

²⁷³ Art. L.228-1, CSI.

²⁷⁴ Cons. const., 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC : D. 2018, p. 876, note Y. Mayaud.

CHAPITRE II. L'APOLOGISTE DANS LE DEBAT PUBLIC

« En même temps non, mais j'en ai marre des poncifs anti-terroristes qui développent, des lâches attentats qui se développent, non moi j'en ai marre. Moi je les ai trouvés très courageux, ils se sont battus courageusement ils se battent dans les rues de Paris, ils savent qu'il y a deux ou trois mille flics autour d'eux. Souvent ils préparent même pas leur sortie parce qu'ils pensent qu'ils vont être tués avant d'avoir fini l'opération. On voit que quand ils arrivent à finir une action ils restent les bras ballants en disant merde on a survécu à cela. Mais ou les frères B... quand ils étaient dans l'imprimerie, ils se sont battus jusqu'à leur dernière balle. Bon bah voilà, on peut dire on est absolument contre leur idée réactionnaire. On peut aller parler de plein de choses contre eux et dire c'était idiot de faire ça de faire ci. Mais pas dire que c'est des gamins qui sont lâches »²⁷⁵.

Le propos a de quoi offusquer. Il prêche également à sourire : désireux de se placer en contradicteur d'idées qu'il juge conformistes (seraient donc dangereusement conformistes l'hommage aux victimes du terrorisme et le refus de voir dans l'extrême violence un moyen de porter sa cause), son auteur développe un bien pâle argumentaire, qui ne ressemble pas moins à un « poncif » anticonformiste. L'anonymisation des arrêts est parfois un obstacle à la contextualisation des faits, mais l'on comprend ici que l'auteur, lui-même condamné jadis pour une infraction terroriste, dit des responsables de l'attentat du 7 janvier 2015 contre *Charlie Hebdo*, ceux-là mêmes qui, sur leur passage, ont emporté douze vies, que ne peut leur être enlevé un certain courage. La rhétorique est difficilement supportable. S'agit-il pour autant d'une apologie des actes de terrorisme au sens de l'article 421-2-5 du Code pénal ? L'affaire met en lumière la complexité de notre délit. Nous l'évoquerons à nouveau, mais il faut dire ici qu'en première instance et en appel, son auteur a été déclaré coupable d'apologie du terrorisme, que son pourvoi a été rejeté, que sa question prioritaire de constitutionnalité a donné lieu à une décision de conformité. Il a récemment saisi le juge européen.

Désormais entendue comme une infraction terroriste et loin de son berceau naturel qu'est la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, l'apologie publique des actes de terrorisme est un délit fréquemment utilisé, bien plus que ne l'est la provocation directe à ces mêmes actes. Son transfert n'a pas favorisé la clarification de ses éléments, et sa pratique se faisant surtout dans les temps proches de la commission d'un attentat sur le sol étatique, elle n'aide pas à en cerner exactement les contours. C'est pourtant ce que commande la légalité criminelle. Or, nous l'avons

²⁷⁵ CA Paris, 16 mai 2017, *extrait*.

dit, mal utilisé, sans mesure ni nuance, le délit est une menace grave pour la liberté d'expression. Celui qui exprime son adhésion aux idéaux d'un groupe terroriste, en ne manquant pas de condamner le passage à l'acte sanglant pour y parvenir, tombe-t-il sous le coup du droit pénal ? Celui qui, indécemment, s'empresse dès la commission d'un attentat d'accuser l'Etat d'en être indirectement à l'origine du fait de sa politique extérieure, fait-il l'apologie du terrorisme ? *Quid* encore de celui qui, nonchalamment, dit ne pas être « Charlie » ? De la réponse à ces interrogations, dépendent la délimitation des frontières de la liberté d'expression et le périmètre du débat public lorsqu'est abordé le sujet du terrorisme.

Le texte d'incrimination ne dit rien de sa définition, l'apologie du terrorisme est légalement le comportement de celui qui fait publiquement l'apologie d'actes de terrorisme²⁷⁶. Son transfert au Code pénal n'a pas induit une redéfinition automatique des éléments constitutifs du délit, mais la jurisprudence depuis lors a parfois nui à leur clarté. Il nous faut au préalable dire quelques mots du maintien de l'exigence d'une publicité des propos apologétiques en matière terroriste, et de la recherche en jurisprudence des contours exacts de cette publicité (Section 1). La teneur des propos considérés apologétiques en matière terroriste, et donc les contours matériels du délit, ne sont pas non plus clairement établis (Section 2), de même que l'état d'esprit attendu de celui qui tient des propos apologétiques n'est pas précisément défini (Section 3).

Section 1. Des contours redéfinis de la publicité du propos apologétique

Nous aurons à parcourir les éléments du délit d'apologie du terrorisme dont la perception est très floue, mais il y a d'abord lieu de dire que l'élément de publicité a survécu à l'œuvre de déspecialisation. Si, dans l'article 421-2-5 du Code pénal, le législateur « a eu les coudées franches »²⁷⁷ en faisant disparaître cette condition de publicité de l'expression s'agissant de la provocation directe aux actes de terrorisme, leur apologie pour être punissable doit toujours être publique. Ceci peut confirmer l'idée que l'apologie est moins perturbatrice de l'ordre public que la provocation directe, sa répression est conditionnée à sa diffusion.

Mais il faut bien voir que les contours de cette publicité ont un temps peiné à être correctement définis. L'apologie des actes de terrorisme s'entendait dans le projet de réforme de 2014 du fait « publiquement, par quelque moyen que ce soit (...) de faire l'apologie »²⁷⁸ des actes de terrorisme. Cette référence aux modes de publicité a finalement été supprimée par le Sénat, or

²⁷⁶ Art. 421-2-5, C. pén.

²⁷⁷ A. LEPAGE, CCE 2017. comm. 89, note sous Cass. crim., 11 juill. 2017, n°16-86.965.

²⁷⁸ Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 9 juill. 2014, Art. 4.

puisque l'infraction se consomme uniquement par un acte d'expression, c'est la définition des moyens de la commettre qui disparaît. Les premiers observateurs ont alors immédiatement émis des doutes sur la conformité du délit d'apologie des actes de terrorisme au principe de la légalité criminelle, lui qui implique clarté et prévisibilité dans l'appréhension des comportements par le droit pénal²⁷⁹. La question se posait de savoir si la publicité était analogue à celle définie par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et interprétée par le juge à partir de ce texte, ou si elle était amenée à recouvrir une nouvelle définition. Il en allait de l'étendue de l'incrimination. Dans une circulaire de 2015, le ministère de la Justice s'était ainsi prononcé, surement bien trop hâtivement et sans la précaution nécessaire : « la condition de publicité, prévue par l'article 23 de la loi sur la liberté de la presse, est exigée pour caractériser l'infraction »²⁸⁰. Il y a lieu de penser que tous les effets du transfert de l'apologie vers le Code pénal aux côtés de la provocation directe n'étaient pas anticipés et maîtrisés par la Chancellerie, c'est un des risques qu'implique le dépôt d'un projet de loi si lié au droit, aux droits, aux libertés, par le ministère de l'Intérieur²⁸¹. Il reste qu'un flou demeurait, que la chambre criminelle ne considérait visiblement pas contraire à la légalité lorsqu'elle a rejeté dès décembre 2015 une question prioritaire de constitutionnalité²⁸². Elle a ensuite dessiné seule les aspects de cette publicité, dans le sens d'une relative continuité avec l'interprétation de la notion en droit de la presse.

A l'instar de la publicité de l'article 23 de la loi sur la liberté de la presse, celle du délit d'apologie est vérifiée lorsque les propos sont « tenus à haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de les rendre publics »²⁸³. Fut donc déclaré coupable du délit celui qui, en présence de gendarmes l'escortant dans un fourgon cellulaire, puis dans les geôles du tribunal devant lequel il devait comparaître, s'était essayé à la justification de plusieurs attentats commis en France. La cour d'appel avait pourtant vu dans cette prise de parole en présence de quelques agents la marque de ce que l'orateur n'avait pas pour volonté de la rendre publique. Certains auteurs ont étonnement pu dire de cet arrêt qu'il indiquait que la publicité était en matière d'apologie du terrorisme celle du langage commun, considérons plutôt qu'est reconduit ce double aspect de la publicité qui tient compte à la fois du lieu et de la volonté, mais que le second prime le premier. Peut ainsi être dénué de publicité le propos apologétique tenu dans une réunion publique dès lors que son auteur n'avait

²⁷⁹ V. BRENGARTH, *L'apologie et la provocation au terrorisme dans le Code pénal, Étude critique et premier bilan*, JCP G 2015, doct. 1003.

²⁸⁰ Circ. 2015/0213/A13, 12 janv. 2012, *Infractions commises à la suite des attentats terroristes commis les 7, 8 et 9 janvier 2015*, p.6.

²⁸¹ C. GODEBERGE, E. DAOUD, *La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes*, Op. cit.

²⁸² Cass. crim., 1^{er} déc. 2015, n°15-90.017, Dr. pén. 2016, comm. 44, obs. Ph. Conte.

²⁸³ Cass. crim., 11 juill. 2017, n°16-86.965, Dr. pén. 2017, comm. 158, obs. Ph. Conte ; CCE. 2017, comm. 89, obs. A. Lepage.

pas l'intention d'être entendu de tous, de même que peut être public le propos entendu par un seul mais « proféré » pour l'être de n'importe quel tiers. Ainsi le Professeur Lepage de faire remarquer qu'en l'espèce « en tenant les propos incriminés en présence des seuls gendarmes de l'escorte, il se faisait délibérément entendre par des personnes auxquelles il n'était pas lié par une communauté d'intérêts »²⁸⁴. La solution se confirme à propos d'un individu qui, placé en détention provisoire, tient des paroles apologétiques devant quelques membres de l'administration pénitentiaire. L'espèce avait cela de particulier que certains des propos litigieux constituaient des réponses à des questions posées au prévenu par les agents. Son pourvoi est rejeté par la chambre criminelle en ce que l'apologiste a « sans être provoqué à les proférer ni répondre à une accusation en matière pénale dont il aurait fait l'objet, eu l'intention de les rendre publics »²⁸⁵. De cette solution qui vraisemblablement perdurera, le Professeur Conte dit qu'elle relègue deux autres critères de caractérisation de la publicité, que sont la nature publique (ou privée) du lieu au sein duquel sont tenus les propos, et l'existence d'une communauté d'intérêts. Or « rien dans le texte n'indique que la condition de publicité est uniquement d'essence subjective et que l'intention de rendre publique l'apologie suffit à ce que celle-ci soit du même coup publique »²⁸⁶. L'auteur émet une autre hypothèse : le critère de la communauté d'intérêts perdure mais revêt une autre signification pour l'apologie du terrorisme. En témoigne le fait qu'elle a été retenue à propos d'un militaire de carrière qui, au sein de sa caserne, s'adressant uniquement à des militaires, avait invoqué « Daesch » à plusieurs reprises en se frappant le cœur avec la main, expliqué que la France tue plus que « Daesch » et annoncé qu'il allait commettre un attentat, excluant la publicité faute d'intention par l'agent de rendre ses propos publics²⁸⁷. Nous y voyons plutôt une spécificité d'interprétation liée au contexte particulier de propos internes à la fonction publique²⁸⁸.

La publicité de l'apologie des actes de terrorisme en tant qu'infraction terroriste du Code pénal fait donc l'objet d'une interprétation légèrement différente de celle de la publicité au sens du droit de la presse. La jurisprudence récente semble en effet se passer souvent de certains critères négatifs pour dire la publicité établie, et saisir plus aisément le propos apologétique qui, tenu en privé, n'appelle pas la moindre répression pénale.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Cass. crim., 19 juin 2018, n°17-87.087, Dr. pén. 2018, comm. 171, obs. Ph. Conte.

²⁸⁶ Ph. CONTE, Dr. pén. 2018, comm. 171, note sous Cass. crim., 19 juin 2018, Op. cit.

²⁸⁷ Cass. crim., 13 déc. 2017, n°17- 82.030, Dr. pén. 2018, comm. 40, obs. Ph. Conte.

²⁸⁸ V. sur ce point : V-O. DERVIEUX, *Apologie du terrorisme au sein de la fonction publique : un droit positif à adapter ?*, D. actu. 2 sept. 2019.

Section 2. Des contours protéiformes de la parole apologétique

Une lecture stricte de la lettre du délit d'apologie du terrorisme tel que prévu et réprimé par l'article 421-2-5 du Code pénal laisse le légaliste penser qu'il ne peut consister que dans des propos qui, publiquement, font l'éloge ou la favorable appréciation d'actes qualifiés de terroristes par la loi. La réalité du délit, de son interprétation, de sa pratique, est toute autre et il est difficile de savoir avec certitude, devant certains propos ambigus, élusifs, lesquels entrent dans le champ de l'incrimination.

Il y a lieu d'établir deux constats qui expliquent cette ambivalence : le juge interprète extensivement ce délit d'une façon qui interroge sur le contenu exact des propos apologétiques au sens du droit pénal (§1), et a fait sienne l'appréhension contextuelle empreinte d'opportunité véhiculée par le juge européen (§2).

§1. Du contenu des propos apologétiques

Le propos évoquant le terrorisme, susceptible d'être qualifié d'apologétique et d'emporter la répression par l'article 421-2-5 du Code pénal, n'est pas strictement délimité et fait l'objet d'une interprétation relativement extensive par le juge pénal. Si certaines paroles entrent désormais indéniablement dans le champ d'application de cette incrimination terroriste (A), d'autres peuvent s'y ajouter qui interrogent sur la valeur protégée par le délit, autant que sur sa conformité à l'exigence de prévisibilité qu'induit le respect de la légalité criminelle (B).

A. Eloges des méfaits terroristes et de leurs auteurs : le périmètre établi du délit

Est contemporanément qualifiée d'apologétique la parole de celui qui présente le terrorisme sous un jour favorable. Voilà le périmètre établi du délit, il procède déjà d'une interprétation relativement extensive de la lettre de l'article 421-2-5 du Code pénal. S'il nous faut en discuter, précisons d'emblée que le Conseil constitutionnel a entériné cette définition de l'apologie des actes de terrorisme en contestant le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines : « le comportement incriminé doit inciter à porter un jugement favorable sur une infraction expressément qualifiée par la loi d'« acte de terrorisme » ou sur son auteur (...) les dispositions contestées de l'article 421-2-5 du code pénal ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises pour garantir contre le risque d'arbitraire »²⁸⁹.

²⁸⁹ Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC, cons. n°9 : CCE 2018, comm. 64, obs. A. Lepage ; D. 2018. 1233, obs. Y. Mayaud.

La première acception du délit d'apologie du terrorisme – seule à procéder d'une interprétation stricte de la lettre de l'incrimination – correspond donc au jugement favorable d'un acte que la loi qualifie d'acte de terrorisme. Est très classiquement apologétique « la glorification d'un acte coupable qui comporte ainsi une invitation à le renouveler »²⁹⁰. L'auteur doit avoir fait l'éloge, la glorification d'un des actes du Chapitre premier du Titre II du Livre IV du Code pénal, mais l'apologie ainsi entendue consiste également dans le simple jugement favorable, la seule justification de ces actes. Cette appréciation favorable peut d'ailleurs porter, en ce sens, autant sur des événements concrètement advenus (c'est la réalité la plus courante du délit : une approbation par l'agent d'attentats ayant marqué l'esprit de l'opinion) que sur le fait même de commettre un attentat sans référence précise à l'un de ceux qui ont été défrayés la chronique. Cette définition de l'apologie départie de la seule notion d'éloge et conçue également comme un jugement favorable n'est ni neuve, ni propre à la matière terroriste. Ainsi à propos de crimes de guerre²⁹¹, la chambre criminelle considère classiquement « qu'en présentant comme susceptibles d'être justifiés des actes constitutifs de crimes de guerre, l'écrivain doit être considéré comme en ayant fait l'apologie »²⁹². C'est d'ailleurs ce qui permettait, dès 1972, à la chambre criminelle de dessiner la frontière entre apologie et provocation, puisque « l'apologie consiste dans la glorification d'un crime ou de ses auteurs et que, si elle peut provoquer indirectement à le commettre, elle n'en est pas moins d'une nature différente »²⁹³. Nous reviendrons pourtant sur quelques jurisprudences récentes qui peuvent nous faire douter d'une réelle distinction entre apologie et provocation indirecte, la seconde n'étant pas punissable, la tentation d'élargir la première est peut-être trop forte. En matière terroriste, seront donc indéniablement apologétiques les propos de celui qui se laisse dire qu'il « n'aime pas Charlie » et que ceux qui ont commis l'attentat terroriste de janvier 2015 « ont eu raison de faire ça »²⁹⁴ ; de même que les paroles de l'individu qui, se définissant comme « le seul (...) blanc dans toute la ville » met en scène dans une vidéo la mort du professeur d'histoire-géographie de Conflans-Sainte-Honorine, pour lui-même appeler à « purger » son quartier de certains habitants²⁹⁵.

Cette première acception du délit permet déjà d'exclure de son champ d'application quelques propos. A titre d'exemple, la chambre criminelle censura l'arrêt d'une cour d'appel qui avait jugé coupable d'apologie du terrorisme l'individu qui, à l'occasion d'un contrôle par la police

²⁹⁰ Cass. crim., 22 août 1912 : *Bull. crim.* n° 464

²⁹¹ Art. 24, al. 3, L. 29 juill. 1881.

²⁹² Cass. crim., 7 déc. 2004, n°03-82.832, Dr. pén. 2005, comm. 20, obs. M. Véron.

²⁹³ Cass. crim., 11 juill. 1972 : *Bull. crim.* n° 256.

²⁹⁴ Propos ayant appelé condamnation, rapportés par Amnesty International (Amnesty international, *Test décisif en matière de liberté d'expression avec de très nombreuses arrestations dans le sillage des attentats*, France, 2015).

²⁹⁵ Pour ces propos, et d'autres encore, le Tribunal correctionnel de Béziers a condamné l'auteur à quatre ans d'emprisonnement et un an de révocation d'un précédent sursis probatoire (V. FranceInfo, *Béziers : un homme condamné à 4 ans de prison pour apologie du terrorisme, provocation à commettre un crime sur Internet et propos racistes*, 2022).

ferroviaire, avait à plusieurs reprises crié « *Allah Akbar* ». Ces simples mots « étaient susceptibles de plusieurs significations et ne caractérisaient pas, à eux seuls, une incitation à porter sur un acte terroriste ou l'un de ses auteurs un jugement favorable »²⁹⁶.

Au moyen d'une interprétation qu'il faut dire extensive, mais désormais classique, l'apologie de crimes et délits et notamment l'apologie du terrorisme s'entend dans une seconde acception de la glorification de l'auteur de l'acte infractionnel. Dès 1971, la chambre criminelle énonçait pour les crimes de guerre que « le délit d'apologie de crimes suppose pour sa réalisation la glorification d'un ou plusieurs actes ou celle de leur auteur »²⁹⁷. Il est ainsi communément admis que le jugement favorable porté sur l'auteur de l'acte de terrorisme équivaut à l'apologie dudit acte, et que le délit consiste dans le fait d'inciter à porter un jugement favorable sur une infraction expressément qualifiée par la loi d'acte de terrorisme ou sur son auteur. Si tant est que l'apologie puisse être ainsi découpée, l'on peut voir dans cette solution l'appréhension par le juge d'une apologie indirecte des actes de terrorisme, puisqu'elle porte sur leurs exécutants, ce qui n'exclut pas la nécessité (en principe) de propos clairement élogieux ou favorables envers la personne qu'ils évoquent, le doute profitant encore à l'accusé.

On déduit de ce premier périmètre identifié de l'incrimination d'apologie du terrorisme un trait de sa *ratio legis*, il s'agit de prémunir le débat et la place publics de propos jugeant positivement un acte grave que la loi identifie expressément comme infractionnel. Ces propos touchent en effet l'Etat, sa Loi et sa justice dans leur légitimité, en tant qu'ils remettent en cause le caractère réprouvé des actes de terrorisme. Aussi, ils atteignent les victimes dans leur dignité et la plus nombreuse population de l'Etat dans sa moralité. Créent-ils pour autant un risque immédiat de passage à l'acte de terrorisme qu'ils ventent ? Rien n'est moins sûr, nous l'avons relevé plus haut, pour soutenir l'idée que ces propos appellent indéniablement l'intervention du droit pénal, mais qu'ils n'ont pas leur place au Code pénal en ce qu'ils sont davantage des abus de la liberté d'expression. Cette opinion trouve à être confortée au regard d'autres extensions jurisprudentielles du contenu que peut présenter le propos apologétique.

B. Propos contestataires et paroles ambiguës : le périmètre intraçable du délit

L'interprétation libre du délit d'apologie du terrorisme par le juge pénal a accouché de solutions qui en étendent le périmètre autant qu'elles en questionnent les limites. D'emblée faut-il alors dire que l'apologie du terrorisme ne s'entend pas – ou plus – seulement du jugement favorable

²⁹⁶ Cass. crim., 10 mai 2020, n° 19-81.026.

²⁹⁷ Cass. crim., 14 janv. 1971, n°70-90.558, *Bull. crim.* n° 14.

d'un acte de terrorisme et de son auteur, clairement appelé de sa voix par un apologiste convaincu et désireux de convaincre. L'imprécision de la définition légale de l'infraction, conjuguée à la célérité de son traitement judiciaire, ainsi qu'à l'émotion légitime que porte le souvenir de chacun des attentats ayant frappé l'Etat dans les temps récents, ont parfois raison de la rigueur, et de ce que la légitimité du droit pénal implique de nuance dans son intervention.

Nous choisissons ici de ne traiter que certaines de ces solutions, celles que nous jugeons les plus aptes à refléter la confusion qui règne autour de la teneur exacte du propos apologétique. Elles représentent plus généralement autant de dangers pour la cardinale légalité criminelle.

L'apologie du terrorisme a pu être retenue à l'encontre de propos par lesquels l'agent, sans louer directement l'acte de terrorisme, sans louer directement son auteur, s'identifie à lui, pour manifester son refus de condamner expressément la violence terroriste. A propos de l'hommage national rendu aux victimes des attentats parisiens de janvier 2015, un célèbre humoriste avait rendu publics, sur son compte *Facebook*, les mots suivants : « après cette marche historique, que dis-je ... légendaire ! Instant magique égal au *Big Bang* qui créa l'Univers !... ou dans une moindre mesure (plus locale) comparable au couronnement de Vercingétorix, je rentre enfin chez moi. Sachez que ce soir, je me sens Charlie Coulibaly ». Il est condamné par le juge pénal²⁹⁸. Nous aurons à revenir sur la coloration morale du propos apologétique, de sorte qu'il ne s'agit pas d'évoquer ici le rejet par la juridiction du moyen de défense tiré de l'humour qui lui était opposé. La question se pose plutôt de savoir si l'identification à un auteur d'actes de terrorisme (qui plus est accompagnée ici de l'identification à ses victimes), suffit à entraîner l'application du délit d'apologie du terrorisme au sens de l'article 421-2-5 du Code pénal. La juridiction n'y répond pas, et préfère enrober la condamnation dans un panel d'autres considérations relatives au profil de l'apologiste du jour, à son habituelle stigmatisation de la communauté Juive, à la portée de ses propos. Rien n'est justifié quant à leur caractère intrinsèquement apologétique, or il n'est pas si évident de voir dans cette formule une invitation claire à juger favorablement l'attentat terroriste. Les contours du délit semblent mouvants dans pareille situation, c'est ce qui fait dire à certains que l'apologie se serait étendue à l'occasion de son transfert au Code pénal, avec pour effet (ou, pour les plus sceptiques, pour objet), d'appréhender des propos qui relèvent davantage de la provocation indirecte, elle non réprimée.

²⁹⁸ TGI Paris, 16e ch. corr., 18 mars 2015, JCP G 2015, Act. 363, note P. Mbongo. La juridiction dit le délit constitué en ces termes : « En tenant, dans ce contexte, des propos volontairement provocateurs faisant l'amalgame entre la liberté d'expression et les actes terroristes qu'il a ainsi contribué à banaliser, et en décidant, d'une part, de les publier sur internet à destination d'un large public auprès duquel il entretient un sentiment d'hostilité à l'égard de la communauté juive, le prévenu, qui ne pouvait ignorer l'impact de ses propos, s'est rendu coupable du délit d'apologie du terrorisme commise par voie électronique ».

La chambre criminelle a du reste reconduit cette solution relative à l'identification à l'auteur d'un attentat dans une espèce particulière : à l'occasion de la même manifestation de janvier 2015, un individu avait jugé bon de tenir une pancarte sur laquelle il avait inscrit « je suis Charlie » et « je suis Kouachi » d'un côté et « je suis la vie ! » de l'autre. La caractérisation de la volonté délictuelle de l'agent posait encore question. Mais soulignons ici que, matériellement, la chambre criminelle s'est satisfaite pour retenir la nature apologétique du propos de ce qu'il manifestait une « égale considération pour des victimes d'actes de terrorisme et l'un de leurs auteurs à qui il s'identifiait »²⁹⁹. Il y a lieu d'en conclure, comme le Professeur Conte, que « l'implicite suffit »³⁰⁰, et qu'il peut consister dans l'identification de l'apologiste au criminel³⁰¹.

Une dernière occurrence d'interprétation large de la notion d'apologie s'est manifestée par la condamnation de l'ancien membre d'« Action directe » qui avait concédé aux responsables du même attentat de janvier un certain courage. Pour ce qui est du libellé de son propos (son état d'esprit fera l'objet d'observations ci-après), il est donc dit apologétique en ce que « la terreur que font régner les terroristes est précisément un antonyme du courage ; à l'inverse, le courage ne peut être circonscrit au fait de risquer sa vie dans une action mais est regardé comme étant une des principales vertus de l'homme, vertu qui est indispensable à celui qui sera considéré comme un héros ; »³⁰². La chambre criminelle s'est satisfaite de cette exégèse des juges d'appel³⁰³, et le Professeur Lepage admet également – au prix d'une admirable définition personnelle de la notion de courage – que dire le terroriste courageux équivaut à lui faire honneur³⁰⁴, ce qui satisfait l'exigence d'un jugement favorable de l'auteur de l'acte. Il est vrai que la solution ne procède pas de l'interprétation la plus élargie du délit, puisqu'il est désormais classique de voir dans les louanges à l'auteur une apologie de son méfait. Mais nous la mentionnons ici en ce qu'elle implique aussi de considérer apologétique le refus par l'agent de « déguiser en monstre »³⁰⁵ un criminel. L'implicite suffit, l'explicite aussi, même lorsqu'il est immédiatement accompagné de nuances par l'auteur quant à la signification de son propos.

²⁹⁹ Cass. crim., 25 avr. 2017, n°16- 83.331, AJ pénal 2017. 349, obs. Y. Mayaud ; Dr. pén. 2017. comm. 103, obs. Ph. Conte.

³⁰⁰ Ph. CONTE, Dr. pén. 2017. comm. 103, note sous Cass. crim., 25 avr. 2017, Op. cit.

³⁰¹ De ce comportement d'identification à l'auteur, Julien Pieret propose une fine analyse : « Même l'énoncé « je suis un terroriste » ne peut se confondre avec la concrétude d'un acte terroriste : il ne constitue pas une réalité terroriste mais indique tout au plus la qualité revendiquée d'une personne. La réalité d'un tel énoncé se limite à la réalité de sa déclaration ; aucune autre force illocutoire ne pourrait être discernée » (J. PIERET, *Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme : limites et dérives du performatif juridique*, Op. cit.).

³⁰² CA Paris, 16 mai 2017.

³⁰³ Cass. crim. 27 nov. 2018, n°17-83.602, Dr. pén. 2019. comm. 20, obs. Ph. Conte ; CCE 2019. comm. 10, obs. A. Lepage ; RSC 2019. 116, obs. E. Dreyer.

³⁰⁴ A. LEPAGE, CCE 2019. comm. 10, note sous Cass. crim., 27 nov. 2018, Op. cit.

³⁰⁵ Ph. CONTE, Dr. pén. 2019. comm. 20, note sous Cass. crim., 27 nov. 2018, Op. cit.

Celui qui cherche à définir les contours exacts du propos apologétique se heurte donc à une jurisprudence complexe. Que l'on se satisfasse ou non de la condamnation de telle ou telle formule, au cas par cas, il est bien difficile de contester que la liberté d'expression est menacée si le périmètre du délit est extensible. En droit criminel, l'indéfinition appelle l'infinité. Mais il y a autre chose : la casuistique et la contextualisation, avec ce qu'elles impliquent d'opportunité, semblent occuper une place de choix parmi les éléments constitutifs de l'apologie du terrorisme.

§2. Du contexte des propos apologétiques

Les conséquences d'un délit d'apologie des actes de terrorisme mal défini et largement interprété consistent directement dans une réduction du champ de la liberté d'expression. Celle-ci, nous l'avons vu, s'entend également des propos qui choquent et heurtent, même des propos les plus difficilement supportables, et son respect implique que la répression des abus soit nécessaire et proportionnée.

Dans son contrôle de la conformité à l'article 10 de la Convention de certaines condamnations françaises pour apologie, la Cour européenne des droits de l'homme n'apporte pas systématiquement un correctif (A). Aussi, le juge pénal a assimilé les raisonnements du juge européen – oubliant peut-être que son office est différent – quant à la proportionnalité et à l'importance de la contextualisation, favorisant une pratique judiciaire de l'émotion (B).

A. Le contexte spatiotemporel et le juge européen

L'étude du juge européen nous a conduit, plus tôt, à dire sa jurisprudence favorable au principe d'une appréhension par le droit pénal du propos apologétique. Ce principe admis, l'office de la Cour européenne des droits de l'homme implique notamment d'elle qu'elle se saisisse des requêtes individuelles de ceux qui, par les juridictions d'un Etat partie à la Convention, ont été condamnés pour apologie du terrorisme dans des circonstances dont ils estiment qu'elles constituent une violation de l'un des droits garantis, ici le droit de toute personne à la liberté d'expression de l'article 10. Les arrêts qui concernent la France et son délit d'apologie du terrorisme, mis en perspectives de ceux rendus pour l'apologie de crimes de guerre, laissent alors place au doute quant à la prévisibilité d'une condamnation selon les affaires. C'est la part de casuistique, teintée pour certains d'opportunité, qu'implique l'évaluation concrète de la nécessité – dans une société démocratique – et de la proportionnalité – par rapport aux buts poursuivis – de chacune des condamnations. Et pour cause, elles constituent toutes des restrictions de la liberté d'expression.

L'étude de quelques-uns de ces arrêts mettra en lumière l'application par la Cour de deux critères qui rendent difficilement prévisibles ses solutions : le contexte spatiotemporel et le débat

d'intérêt général. Ces critères ne sont pas équivalents : de la nature du premier dépend l'étendue du second.

Nous mentionnions cette affaire dite *Leroy*³⁰⁶ à l'occasion de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme jugea conforme à l'article 10 de la Convention la condamnation pour complicité d'apologie du terrorisme du dessinateur qui avait entendu faire la critique de l'impérialisme américain en représentant les attentats newyorkais, dans un croquis paraphé d'une légende indiquant : « Nous en avons tous rêvé... le Hamas l'a fait ». Dans cet arrêt elle reconnaît alors qu'elle se focalise sur les termes de la publication litigieuse mais encore sur l'analyse du « contexte dans lequel ils ont été publiés »³⁰⁷, à savoir « le 13 septembre, alors que le monde entier était sous le choc de la nouvelle »³⁰⁸. Le contexte ici temporel de la publication est donc une donnée importante pour la Cour, qui refuse aussi (au prix d'une analyse bien moins détaillée) de voir dans les propos une critique de l'impérialisme américain. Au contraire, dans l'affaire dite *Orban*³⁰⁹, la Cour voit dans le livre publié par le Général Aussaresses, qui lui valut en France condamnation pour apologie de crimes de guerre³¹⁰ commis durant la guerre d'Algérie, bien qu'il comprenne des passages qui présentent sous un jour favorable des actes infractionnels, un témoignage relevant assurément d'un « débat d'intérêt général d'une singulière importance pour la mémoire collective »³¹¹. Le contexte temporel n'est, encore une fois, pas étranger à cette application du critère du débat d'intérêt général aux faits de la cause. La Cour énonce ainsi pour conclure à la violation de l'article 10 de la Convention que « s'il est certain que les propos litigieux dont il est question en l'espèce n'ont pas pour autant perdu leur capacité à raviver des souffrances, il n'est pas approprié de les juger avec le degré de sévérité qui pouvait se justifier dix ou vingt ans auparavant ; il faut au contraire les aborder avec le recul du temps »³¹². Du contexte temporel dans lequel s'inscrit le propos publié, dépend donc la légitimité de sa présence au sein du débat d'intérêt général, ce qui appelle une casuistique tout à fait imprévisible.

Tout pays devrait donc pouvoir débattre de sa propre histoire, à l'exclusion de son histoire la plus récente et la plus douloureuse. C'est pourtant, à notre sens, dans les limites de l'honneur et de la dignité, de cette histoire récente et douloureuse dont il faut pouvoir parler librement, pour panser plus efficacement les blessures qu'elle cause. Le terrorisme ne doit pas faire exception.

³⁰⁶ CEDH, 2 oct. 2008, affaire *Leroy c. France*, Req. n°36109/03 ; RSC 2009. 124, obs. J. Francillon.

³⁰⁷ *Ibid.*, §38.

³⁰⁸ *Ibid.*, §45.

³⁰⁹ CEDH, 15 janv. 2009, affaire *Orban et autres c. France*, Req. n°20985/05 : C.C.E. 2009, comm. 49, A. Lepage ; JCP G 2009, II, 10040, E. Derieux ; RSC 2009, p. 124, obs. J. Francillon.

³¹⁰ Cass. crim., 7 déc. 2004, n°03-82.832.

³¹¹ CEDH, affaire *Orban et autres c. France*, Op. cit., §49.

³¹² *Ibid.*, §52.

La jurisprudence de la Cour est donc relativement imprévisible, puisqu'elle dépend du contexte entourant chaque publication apologétique, un dernier exemple peut être tiré d'un arrêt rendu en 2021 à propos de la France³¹³. Sous l'empire de l'ancien texte d'incrimination (article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse), la chambre criminelle avait approuvé les juges d'appel d'avoir condamné pour apologie de crime les parents qui avaient habillé leur fils âgé de trois ans, prénommé « *Jihad* », d'un vêtement sur lequel figuraient les inscriptions suivantes : « Jihad, né le 11 septembre » et : « Je suis une bombe »³¹⁴. Il s'est en effet agi d'utiliser l'enfant « comme support d'un jugement bienveillant sur des actes criminels ». Le propos est apologétique : la relativisation sous forme de jugement bienveillant et détaché d'un attentat terroriste caractérise pour les juridictions françaises le délit. Selon le Professeur Lepage, « l'exaltation des attentats trouve ici une expression pitoyable qui pourrait être perçue comme porteuse d'un effet contraire, à savoir rendre ces actes dérisoires. Mais sous la forme c'est bien (...) un jugement positif qui transparait, aussi médiocrement exprimé soit-il »³¹⁵. Nous nous accommodons plutôt de l'analyse critique d'un autre auteur qui doute que l'apologie fut-ce caractérisée en l'espèce³¹⁶. Le propos est public : des inscriptions sur un vêtement peuvent être publiques car arborées dans un lieu public en conscience de ce que des tiers en nombre indéterminé pourraient les percevoir. Rien de nouveau donc, quant aux contours de notre délit. Mais en l'état actuel du droit pénal, et eu égard au renouvellement de ses sources, une autre question trouve à se poser après une condamnation définitive : celle-ci est-elle une restriction proportionnée de la liberté au sens de l'imprévisible Cour européenne des droits de l'homme ? La réponse, en l'espèce, fut positive, et sans que l'on puisse réellement l'anticiper, la Cour européenne des droits de l'homme valida la condamnation des apologistes en expliquant notamment, au beau milieu de très longs motifs que le requérant : « ne pouvait ignorer la résonance particulière – au-delà de la simple provocation ou du mauvais goût dont il se prévaut (...) – de telles inscriptions dans l'enceinte d'une école maternelle, peu de temps après des attentats ayant coûté la vie à des enfants dans une autre école et dans un contexte de menace terroriste avérée »³¹⁷. Retenons qu'il n'est plus utile d'essayer d'anticiper – ni même de comprendre – les interventions de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale : les attentats newyorkais, vieux de plus de dix ans au moment des faits, commis à des milliers de kilomètres de l'école maternelle, auraient très bien être perçus comme trop éloignés par le même juge européen, offrant un contexte

³¹³ CEDH, 2 sept. 2021, affaire *Z.B. c. France*, Req. n° 46883/15 : Dr. pén. 2021, comm. 182, note Ph. Conte ; CCE 2021, comm. 74, obs. A. Lepage.

³¹⁴ Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358 : CCE 2015, comm. 43, obs. A. Lepage.

³¹⁵ A. LEPAGE, CCE 2015. comm. 43, note sous Cass. crim., 17 mars 2015, Op. cit.

³¹⁶ « L'apologie réclame soit l'évidence des termes employés lorsqu'elle est faite par éloge, soit une pensée construite lorsqu'elle est indirecte. Le vêtement, de taille trois ans, ne présentait ni l'une ni l'autre » (F. GRAS, *Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie de terrorisme*, Op. cit.).

³¹⁷ CEDH, 2 sept. 2021, affaire *Z.B. c. France*, Req. n° 46883/15, §63.

spatiotemporel propice à la plaisanterie ou au droit de débattre sereinement de sa propre histoire. Il n'en fut rien puisque l'émoi suscité par un autre attentat commis plus récemment et en France prenait ici le dessus, et justifiait la condamnation. Que de détours pour simplement considérer (bien que cela n'aille pas de soi) que ce pitoyable vêtement était floqué de propos apologétiques, appelant une intervention de la loi pénale.

En fait d'apologie comme pour toute autre incrimination, il y a surtout lieu de s'inquiéter de cette tendance strasbourgeoise à faire primer l'opportunité lorsqu'elle est assimilée voire adoptée par le juge pénal.

B. Le contexte spatiotemporel et le juge pénal

La pratique par les juridictions françaises du délit d'apologie des actes de terrorisme témoigne parfois de ce que s'est diffusée l'attention portée par le juge européen à la contextualisation des propos. C'est ce qui fait dire au Professeur Robert que « le libellé du message n'est pas le seul critère sur lequel les tribunaux se fondent pour apprécier son caractère apologétique, et ils y joignent la considération du climat social et politique régnant au moment de sa publication : l'apologie est en effet une provocation indirecte dont l'efficacité dépend de ce climat »³¹⁸.

Il est permis de penser que dans certaines des espèces que nous avons évoquées (qui posaient déjà question quant au strict respect des contours légaux du délit), le contexte de la publication des propos a joué un rôle dans l'application de la loi pénale. Le délit d'apologie du terrorisme est de fait essentiellement pratiqué dans les jours qui suivent la commission d'un attentat sur le territoire français. Le risque est alors prégnant d'une justice émotive et qui fait peu de cas de toute la complexité de la parole apologétique, et de l'enseignement, tiré de l'histoire de la répression des menées anarchistes, que ce délit est un véritable danger pour la liberté d'opinion lorsqu'il est mal maîtrisé. Dans les jours qui suivirent les attentats parisiens de janvier 2015, la Chancellerie préconisait à ses parquets, par voie de circulaire³¹⁹, d'adopter une « attention particulière et une grande fermeté » à l'égard des propos proférés « en raison de l'appartenance à une religion », propos qui appellent « une réponse pénale systématique, adaptée et individualisée »³²⁰. La tendance s'était alors vérifiée puisque quatorze jours après les événements, le ministère de la justice recensait cent dix-sept procédures pour apologie du terrorisme et provocation à la haine raciale³²¹. Ce n'est pas là

³¹⁸ J.-H. ROBERT, JCl Communication, Fasc. 92 : *La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie*, 2021.

³¹⁹ Circ. 2015/0213/A13, 12 janv. 2012, Op. cit., p.1-2.

³²⁰ Selon le Syndicat de la magistrature, le caractère systématique de la réponse pénale fut le seul considéré par certains magistrats (*Communiqué de presse du Syndicat de la magistrature*, 20 janv. 2015).

³²¹ Source : site internet du ministère de la Justice.

que le lien est à faire avec la contextualisation appelée de ses vœux par la Cour européenne des droits de l'homme, la recrudescence de tels propos après un attentat s'explique avant tout parce que les apologistes trouvent dans ces moments du nouveau grain à moudre. Mais il faut considérer l'idée que parmi tous les propos réprimés à ces occasions, certains sont bien plus complexes, évasifs, ambigus que d'autres. Ils appellent un véritable travail d'analyse pour savoir s'ils sont simplement des paroles qui choquent ou s'ils méritent une répression pénale. Or, à notre sens, ni le traitement immédiat par les procédures d'urgence ni la perspective d'une Cour européenne qui évalue la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression selon le contexte spatiotemporel de la publication, ne donnent au juge l'idée qu'est primordiale une réflexion de fond sur la constitution du délit.

Là se trouve l'assimilation par le juge pénal de la tendance européenne à faire primer le contexte sur le texte : il se joue lui-même de la hiérarchie de ces critères strasbourgeois en matière d'apologie. En droit pénal spécial, nombre d'incriminations ont été parcourues dans leur interprétation par les effets du réemploi, par le juge pénal, de la méthode du contrôle de proportionnalité *in concreto* du juge européen à propos notamment du respect de l'article 10 de la Convention. Pour le dire succinctement, il a fait sien le raisonnement selon lequel, après avoir constaté la réunion des éléments constitutifs d'une incrimination, il faut encore s'assurer de ce que sa répression est justifiée, en d'autres termes vérifier qu'elle ne constitue pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression en considération des circonstances de l'espèce³²². Il faut alors s'étonner de ce que, si le critère du débat d'intérêt général parcourt bien des incriminations et en neutralise ponctuellement l'application (parfois même sans que l'incrimination ait, en elle-même, quelconque rapport avec l'expression³²³), celui-ci ne soit pas davantage présent dans la jurisprudence récente de l'article 421-2-5 du Code pénal. C'est simplement qu'en la matière, un autre critère le domine : le contexte spatiotemporel de la publication du propos choquant. Le débat d'intérêt général tolérerait en somme plus ou moins de comportements et de propos au gré des saisons.

Face à une telle casuistique, rien ne sert de s'essayer au droit prospectif, mais il faut tout de même surveiller le prochain arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui concernera la France. Elle aura à juger de la conformité à l'article 10 de la Convention de la condamnation pour apologie du terrorisme de l'ancien membre de l'organisation terroriste « Action directe » qui s'était

³²² Pour une explication complète de la méthode à l'œuvre : v. M. BOUCHET, *L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond*, RSC 2017, p.495.

³²³ Ainsi de l'escroquerie (Cass. crim., 26 oct. 2016, n°15-83.774 : CCE 2016, comm. 103, obs. A. Lepage ; Dr. pén. 2017, obs. Ph. Conte). Ainsi également de l'exhibition sexuelle (Cass. crim., 26 févr. 2020, n°19-81.827 : CCE 2020, comm. 34, obs. A. Lepage ; Dr. pén. 2020, comm. 69, obs. Ph. Conte).

essayé à prêter une qualité aux auteurs de l'attentat contre « Charlie Hebdo » de janvier 2015. Ce dernier l'a saisie par requête individuelle³²⁴.

A ces contours mouvants de la définition du caractère apologétique d'un propos en matière terroriste, il faut enfin ajouter ceux ambigus de l'état d'esprit attendu de son auteur.

Section 3. Des contours lâches de la conscience apologétique

Que doit avoir à l'esprit l'apologiste lorsqu'il exprime publiquement son appréciation favorable d'actes de terrorisme ou sa considération pour leurs auteurs ? Voilà le dernier aspect de l'incrimination de l'article 421-2-5 du Code pénal qui mérite d'être interrogé. L'étude de l'état d'esprit des auteurs d'apologies est décisive en ce qu'elle permet de confirmer que le juge pénal cherche les exacts contours du délit, et que la *ratio legis* de celui-ci peine à être cernée depuis son transfert inopportun au Code pénal. Elle permet encore de questionner plus largement l'intention en matière terroriste, de découvrir quelques-unes des évolutions qui ont parcouru toute la catégorie en la matière, de s'essayer à deviner celles qui la parcourront demain.

La pratique judiciaire de l'apologie du terrorisme a pu laisser entrevoir certaines dispersions s'agissant de la délimitation de l'élément moral du délit. On perçoit l'écueil pour la liberté d'expression. Il s'agit alors de proposer une grille de lecture très classique pour contrecarrer les confusions qui peuvent être faites : de dire ainsi qu'elle ne requiert que la caractérisation d'un dol général (§1), et se passe de l'exigence d'un dol spécial (§2).

§1. De la teneur du dol général de l'apologie des actes de terrorisme

En tant qu'elle constitue un délit, et puisque nulle disposition légale n'en dispose autrement, l'apologie du terrorisme est une infraction intentionnelle en vertu du premier alinéa de l'article 121-3 du Code pénal³²⁵. Point d'apologie des actes de terrorisme donc, sans intention de la commettre. Il reste à s'interroger sur l'exacte teneur de cette coloration morale du délit : en quoi cette intention consiste-t-elle s'agissant du délit de l'article 421-2-5 du Code pénal ? Partons de l'acquis, la décision du Conseil constitutionnel par laquelle il a eu l'occasion d'explicitier la définition de l'apologie du terrorisme énonce que « le comportement incriminé doit inciter à porter un jugement favorable sur une infraction expressément qualifiée par la loi d'« acte de terrorisme » ou sur son auteur »³²⁶. Il y

³²⁴ CEDH, saisine, 12 avr. 2021, n°28000/19, R. c/ France.

³²⁵ Art. 121-3, al. 1^{er}, C. pén. : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

³²⁶ Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC, cons. n°9 : CCE 2018, comm. 64, obs. A. Lepage ; D. 2018. 1233, obs. Y. Mayaud.

avait là pourtant une occasion de mieux dire les conditions tenant à l'état d'esprit de l'apologiste, le requérant soutenait que le délit incriminerait un comportement sans imposer que son auteur manifeste une intention terroriste. Il faut donc se passer de l'aide du Conseil constitutionnel.

L'apologie du terrorisme pour être constituée requiert d'abord l'existence d'un dol général, que le Professeur Garçon définissait, dans son *Code pénal commenté*, comme « la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi ; (...) la conscience, chez le coupable, d'enfreindre les prohibitions légales »³²⁷. De l'étendue de ce dol général, il nous faut discuter. Celui-ci doit, en principe, porter sur tous les éléments qui composent l'incrimination, de sorte que l'apologie du terrorisme imposerait pour être caractérisée que l'auteur des propos ait eu la conscience de ce que ceux-ci constituaient une éloge ou un jugement favorable de l'acte de terrorisme ou de son auteur, qu'il ait eu, tout de même, la volonté de les rendre publics, ce qui implique une volonté de sa part, aussi, d'inciter les tiers à porter ce même éloge ou ce même jugement favorable. Voilà l'application en matière d'apologie de l'idée d'une intention de l'acte (puisque la parole est ici considérée comme telle) et du résultat. C'est, à notre sens, à cette condition d'un élément moral exigeant que l'apologie du terrorisme exclurait de son champ d'application tous ceux qui, désireux de plaisanter ou de contribuer au débat d'intérêt général même par une rhétorique choquante, ou maladroite, tiendraient des propos de nature apologétique sans la moindre intention de susciter chez les tiers une perception favorable du terrorisme. C'est aussi ce qui fit dire au ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve, devant la représentation nationale, que « l'élément intentionnel d'apologie ou de provocation demeure nécessaire et ne saurait être confondu à aucun moment avec la volonté légitime d'informer le public »³²⁸.

Pourtant, l'interprétation de ce dol général et de ses composantes par la jurisprudence récente n'en fait pas un élément si décomposé, certains de ses aspects se trouvent souvent impliqués. La conscience de ce que le propos constitue un jugement favorable ou une éloge de l'acte de terrorisme ou de son auteur est d'abord la plupart du temps déduite de la matérialité même de ces propos. Autrement dit, sauf à ne point être discernant³²⁹, leur auteur ne peut pas ne pas avoir conscience qu'il tient une rhétorique favorable à l'acte ou son auteur.

Surtout, ce dol général présente une seconde composante : l'auteur doit aussi avoir eu la volonté de rendre les propos publics. Nous avons pu analyser les quelques divergences en la matière

³²⁷ E. GARÇON, *Code pénal commenté*, 2e éd., par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952, t. I, « Art. 1 », n° 77.

³²⁸ V. A.N., déb., XIV^{ème} législature, 2013-2014, 17 sept. 2014, 1^{ère} séance.

³²⁹ Pour une étude consacrée au discernement des mineurs en matière d'abus de la liberté d'expression : v. J-B. THIERRY, *Le discernement du mineur mis en cause pour abus de la liberté d'expression*, Gaz. Pal. 16 févr. 2021, n° 397j9, p. 71.

entre la jurisprudence du délit d'apologie du terrorisme lorsqu'il était une infraction de presse et celle rendue depuis quelques années. L'interprétation par le juge pénal de la condition de publicité à l'aune de l'article 421-2-5 du Code pénal est plus souple et se suffit davantage de la seule intention de rendre les propos publics, quel que fut le lieu de leur profération, quelle que fut l'ampleur de leur réception concrète par les tiers. Or, comme le souligne le Professeur Alix, de telles solutions mettent au premier plan l'intentionnalité, qui ne fait pourtant pas l'objet d'une démonstration accrue dans les arrêts de condamnation. Quand l'infraction se dématérialise, il y a lieu d'en attendre au moins « une exigence accrue dans l'identification de l'intention et notamment dans la preuve de cette volonté de rendre les propos publics »³³⁰, qui ne ressort pas de la jurisprudence récente de la chambre criminelle. Nous en voulons de nouveau pour preuve l'arrêt rendu contre l'ancien membre d'« Action directe » qui jugeait les auteurs de l'attentat contre *Charlie Hebdo* courageux : pour dire l'apologie de l'auteur d'un acte de terrorisme constituée, les juges relèvent que l'intention coupable se déduit du caractère volontaire des agissements prévenus³³¹.

L'apologie des actes de terrorisme s'entend de propos proférés publiquement en connaissance par l'auteur de ce qu'ils sont apologétiques, il n'a pas en revanche à poursuivre de but particulier. Certains se satisferaient davantage alors, d'un dol repensé en la matière, qui pourrait consister en un dol spécial.

§2. De l'opportunité d'un dol spécial pour l'apologie des actes de terrorisme

Le dol spécial est celui que la loi exige lorsqu'elle impose, pour caractériser l'intentionnalité du comportement de l'agent, qu'il ait poursuivi un but particulier dans son méfait, impliquant parfois intégration d'un véritable mobile au rang des éléments constitutifs de l'incrimination.

Il nous faut alors établir ce premier constat : il n'existe point de dol spécial exigé pour la constitution de l'apologie du terrorisme au sens de l'article 421-2-5 du Code pénal. La chambre criminelle de la Cour de cassation, quant à l'individu qui brandissait lors d'une manifestation en hommage aux victimes d'un attentat terroriste une pancarte sur laquelle figuraient les propos « Je suis Charlie » et « Je suis Kouachi », statuant sur pourvoi après condamnation du prévenu par la juridiction de renvoi, a pu ainsi énoncer que « le délit d'apologie d'actes de terrorisme, prévu et réprimé par l'article 421-2-5 du code pénal, consiste dans le fait d'inciter publiquement à porter sur ces infractions ou leurs auteurs un jugement favorable, sans qu'il y ait à établir que les propos en cause ont été proférés en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de

³³⁰ J. ALIX, *Chronique de politique criminelle*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, vol. 2, no. 2, 2019, pp. 505-521.

³³¹ Cass. crim. 27 nov. 2018, n°17-83.602, Dr. pén. 2019. comm. 20, obs. Ph. Conte ; CCE 2019. comm. 10, obs. A. Lepage ; RSC 2019. 116, obs. E. Dreyer.

troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »³³². Ce dol spécial de la relation avec l'entreprise terroriste ne correspond pas en effet à la nature d'infraction autonome de terrorisme qui définit l'apologie, contrairement aux infractions listées à l'article 421-1 du Code pénal dites par référence qui ne sont terroristes qu'à la condition que cette relation soit établie. L'exigence d'un tel dol spécial pour la caractérisation des deux incriminations de l'article 421-2-5 du Code pénal serait *contra legem*. C'est d'ailleurs à partir de la lettre de ces différents articles composant le Chapitre premier consacré aux « actes de terrorisme » que le Conseil constitutionnel établit la distinction, parmi cette catégorie légale générique des « actes de terrorisme », entre ceux qui seraient des « actes terroristes » et ceux qui seraient des « actes de terrorisme »³³³. Nous partageons l'idée du Professeur Conte selon laquelle le Conseil constitutionnel a été peu scrupuleux à ne pas relever que, pourtant, le Code de procédure pénale destine nombre de ses dispositions dérogatoires aux « actes de terrorisme » en visant parmi eux l'article 421-2-5, d'où le régime sévère (appelant tout de même quelques maigres exclusions) que nous avons pu étudier. Cette distinction complexe aurait donc cela d'insatisfaisant qu'elle n'a pas de conséquences concrètes en procédure. Mais il y a lieu pour ce qui concerne le dol spécial de se satisfaire de cette solution car « l'article 421-2-5 n'indiquant pas que l'apologie "constitue un acte de terrorisme", elle n'est pas elle-même une infraction de terrorisme, si bien qu'il devient possible de la dire punissable même en l'absence d'un lien avec une entreprise terroriste tel qu'exigé par l'article 421-1 »³³⁴.

Ce n'est pas à ce sujet de la relation avec une entreprise terroriste que nous tiendrons nos dernières observations sur la coloration morale du propos apologétique. Un élément moral plus strictement défini et vérifié est selon nous appelé de leurs vœux par certains auteurs, mais en des termes différents. Le Professeur Alix dit ainsi du dol spécial qu'il n'est nullement exigé s'il est entendu de « l'adhésion à l'idéologie véhiculée par la personne dont l'acte est glorifié ou, moins encore, [de] la volonté de contribuer à des actions terroristes »³³⁵, mais que l'exigence tenant à la volonté de rendre les propos publics (suffisante pour établir la publicité) peut s'analyser en un dol spécial, sans se traduire malheureusement dans la pratique par l'exigence stricte d'une preuve de cet aspect de l'élément moral. L'auteur appelle donc, dans son étude, à une reconsidération du dol général de l'apologie du terrorisme pour que toutes ses composantes soient vérifiées pour la constitution du délit, et non, seulement, la conscience de ce que le propos est apologétique et la

³³² Cass. crim., 11 déc. 2018, n°18-82.712 : C.C.E 2019, comm. 10, obs. A. Lepage ; Dr. pén. 2019, comm. 21, obs. Ph. Conte.

³³³ Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC : CCE 2018, comm. 64, p. 34, obs. A. Lepage ; D. 2018. 1233, obs. Y. Mayaud.

³³⁴ Ph. CONTE, Dr. pén. 2019, comm. 21, note sous Cass. crim., 11 déc. 2018, n° 18-82.712.

³³⁵ J. ALIX, *Chronique de politique criminelle*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, vol. 2, no. 2, 2019, pp. 505-521.

volonté (souvent déduite des circonstances matérielles de la cause) de le rendre public. Est très justement souligné ce danger à ne pas compenser la précocité de l'intervention du droit pénal sur le plan du cheminement criminel par une stricte exigence quant à la volonté de l'auteur, ainsi « lorsque l'infraction se dématérialise parce que, animé par une volonté de répression préventive, le législateur remonte toujours plus loin sur l'*iter criminis* pour faire des actes antérieurs au passage à l'acte criminel autant d'infractions pénales, la question de l'intention est essentielle »³³⁶.

Qu'il en aille de la redéfinition du dol général, impliquant que soient mieux exprimés dans la lettre du délit les traits matériels de l'apologie, ou de l'exigence d'un nouveau dol, celui-ci spécial (il aiderait à s'assurer de la recherche par le juge de tous les aspects de l'intention de l'apologiste mais pêcherait dans sa rigueur, ne correspondant pas à l'acception stricte de ce que doit être un dol spécial) il nous semble que doit être exigée une véritable intention chez l'agent de conduire autrui à juger, à son tour, positivement le terrorisme. Or, à part peut-être dans un arrêt duquel il y a lieu de se satisfaire³³⁷, car les juges ont refusé – au prix d'une interprétation de l'exacte volonté requise par le délit – de voir une apologie du terrorisme dans le propos de celui qui, au sein d'un hôpital où son père venait de décéder, disait au personnel son appartenance à « Daesh » et menaçait de revenir utiliser plus tard une ceinture explosive ; cette exigence dans la caractérisation de l'intention n'est pas vraiment de mise. Plus encore, la présence de l'incrimination au Code pénal implique comme nous l'avons expliqué dans cette étude un changement de perception par le législateur du rôle de l'apologiste : il est comme le provocateur direct un participant, même lointain, à la réalisation des actes de terrorisme. On peut alors proposer que cette assimilation de l'apologiste au provocateur et, *in fine* à la survenance d'un potentiel drame terroriste, s'accompagne d'une exigence de ce qu'il ait proféré des propos à dessein que des tiers y souscrivent et dans le but qu'ils commettent eux aussi, un jour, de tels méfaits.

Une meilleure exigence quant à la coloration morale du fait de l'apologiste prémunirait de l'application du délit et du régime procédural antiterroriste ceux qui pour se démarquer dans le débat public tiennent des propos qui dépassent les limites de l'entendable, plus généralement tous ceux dont le transfert du délit au Code pénal fait des « maillons de la chaîne terroriste »³³⁸. Ils ne sont, à notre sens, que des auteurs d'abus de la liberté d'expression, qui s'ils doivent incontestablement être punis, doivent l'être comme tels.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Cass. crim., 4 juin 2019, n° 18-85.042 : Dr. pén. 2019, comm. 161, obs. Ph. Conte ; D. 2019, p. 2329, obs. M.-H. Gozzi ; AJ pénal 2019, p. 448, note. M. Bendavid ; Gaz. Pal. Rec. 2019, p. 1840, obs. C. Berlaud.

³³⁸ J. ALIX, *La répression de l'incitation au terrorisme*, Op. cit.

Il est donc malaisé de tracer les contours exacts du délit d'apologie des actes de terrorisme. Nous contestons son assimilation à une forme de provocation, justification audacieuse de son transfert parmi les infractions du Code pénal relatives au terrorisme, nous relevons la difficulté à en dresser une stricte définition, que n'aide pas à relativiser la jurisprudence rendue depuis en la matière, et qui ne sert pas la légalité criminelle. Les mots du Professeur Poncela sont les plus efficaces à exprimer ce que ces constats impliquent de conséquences pour la liberté d'expression, elle qui s'entend aussi de la « parole contraire » : « L'apologie doit en principe et traditionnellement porter sur des infractions pénales. Or, les infractions de terrorisme sont devenues si complexes et si immatérielles qu'il est à craindre (hélas crainte avérée) que, dans l'application de ce texte, il ne soit pas fait de distinction entre une apologie des crimes commis, ou à commettre, et une apologie de données factuelles ou idéologiques qui en seraient des éléments de compréhension, ou bien encore que soient qualifiées d'apologie des désaccords exprimés publiquement sur des condamnations ou des jugements juridiques ou moraux. Cela s'appelle clairement un délit d'opinion »³³⁹.

³³⁹ P. PONCELA, *Les naufragés du droit pénal*, Op. cit.

BIBLIOGRAPHIE

Textes normatifs

Internationaux

Convention de Genève pour la prévention et la répression du terrorisme, Genève, 16 nov. 1937, n°C.546.M.383.1937.V.

Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations unies, 28 sept. 2001

Résolution 1624 (2005) du Conseil de sécurité des Nations unies, 14 sept. 2005

Européens

Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme

Décision-cadre 2008/919/JAI du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950

Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196), Varsovie, 16 mai 2005.

Internes

* Dispositions constitutionnelles

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789

* Dispositions législatives

Code de la défense

Code de la sécurité intérieure

Code de la sécurité sociale

Code de procédure pénale

Code pénal

Loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de communication

Loi du 26 mai 1819 relative à la poursuite et au jugement des infractions objets de la loi du 17 mai 1819

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

Loi du 12 décembre 1893 portant modification des articles 24, paragraphe 1er, 25 et 49 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse

La loi du 18 décembre 1893 sur les associations de malfaiteurs

Loi du 28 juillet 1894 ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes

Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal

Loi n°96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire

Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne

Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

Loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme

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

Loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

Loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique

Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

Loi n°2020-1023 du 10 août 2020 instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine

Loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République

* Dispositions réglementaires

Circ. 2015/0213/A13, 12 janv. 2012, *Infractions commises à la suite des attentats terroristes commis les 7, 8 et 9 janvier 2015*, ministère de la Justice

* Travaux législatifs

A.N, Etude d'impact, *Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, 8 juill. 2014

Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 9 juill. 2014

A.N, déb., XIV^{ème} législature, 2013-2014, 17 sept. 2014, 1^{re} séance

A.N, déb., XIV^e législature, 2013-2014, 17 sept. 2014, 2^e séance

Sén., déb., XIV^e législature, 2013-2014, 15 oct. 2014

Dictionnaires et répertoires

Dictionnaires

FURET, François et OZOUF, Mona (éd.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988

LAROUSSE, Dictionnaire, 2022

Le Trésor de la Langue Française informatisé, CNRTL

Les dictionnaires de l'Académie Française, CNRTL, 9^e éd.

LITTRÉ, Emile, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874

Répertoires

GUERIN, Didier, JCl. Pénal Code, Fasc. 20 : *Les actes de terrorisme*, LexisNexis, 2022

MAYAUD, Yves, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *Terrorisme – Infractions*, Dalloz, 2020

ROBERT, Jacques-Henri, JCl. Communication, Fasc. 124 : *Apologies et provocations de crimes et délits*, LexisNexis, 2020

ROBERT, Jacques-Henri, JCl. Communication, Fasc. 92 : *La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie*, LexisNexis, 2021

ROBERT, Jacques-Henri, JCl. Pénal Code, Fasc. 20 : *Complicité*, LexisNexis, 2022

THIERRY, Jean-Baptiste, JCl. Lois pénales spéciales, Fasc. 60 : *Presse et communication – Provocation aux crimes et délits*, LexisNexis, 2021

Ouvrages

ALIX, Julie, *Terrorisme et droit pénal, Étude critique des incriminations terroristes*, dir. G. Giudicelli-Delage, Dalloz, 2010

ANDRE, Christophe, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Dalloz, Cours, 2021

BIGOT, Christophe, *Pratique du droit de la presse*, 3^e éd., Dalloz, 2020

BLUM, Léon, DE PRESSENSE, François, POUGET, Emile, *Les Lois scélérates de 1893-1894*, Éditions de La Revue Blanche, 1899

CHAUVEAU, Adolphe et HELIE, Faustin, *Théorie du code pénal*, t. II : 5^e éd., 1872

CUCHE, Paul, *Une théorie nouvelle de la complicité* : thèse, Grenoble, 1896, n° 4.

DE LAMY, Bertrand, BEIGNIER, Bernard et DREYER, Emmanuel, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2008, 1^{re} éd., n°825

DE TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, 1835/1840

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *La crise du droit pénal moderne, La politique criminelle des États autoritaires*, Sirey, Paris, 1938.

DREYER, Emmanuel, *Droit de la communication*, LexisNexis, Manuel, 2018

- DREYER, Emmanuel, *Droit pénal général*, 5^e éd., LexisNexis, Manuels, 2019
- DREYER, Emmanuel, *Droit pénal spécial*, 1^e éd., LGDJ, Manuel, 2020
- GARCON, Emile, *Code pénal commenté*, 2^e éd., par M. Rousselet, M. Patin et M. Ancel, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952, t. I
- GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3 : Librairie du recueil Sirey, 3^e éd., 1916
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., 1893
- HENRY, Emile, *Mémoires*, 1894
- KEMPF, Raphaël, *Ennemis d'État. Les lois scélérates, des anarchistes aux terroristes*, Paris, La fabrique éditions, 2019
- KHOSROKHAVAR, Farhad, *Radicalisation*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, series : « Interventions », 2014
- LARGUIER, Jean, *Le droit pénal*. PUF, Que sais-je ?, 2005
- LAURENS, Henry, DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Terrorismes, Histoire et droit*, CNRS, 2010
- LEPAGE, Agathe et MATSOPOULOU, Haritini, *Droit pénal spécial*, 1^e éd., PUF, 2015
- LEROY, Jacques, *Droit pénal général*, 7^e éd., LGDJ, Manuel, 2018
- MALABAT, Valérie, *Droit pénal spécial*, 9^e éd., Dalloz, Hypercours, 2020
- MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, 7^e éd., PUF, Droit fondamental, 2021
- MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997
- MERLE, Roger et VITU, André, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982
- MOUTOUH, Hugues, *Dictionnaire du renseignement*, Perrin, 2018
- PARIZOT, Raphaële, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010
- RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 8^e éd., Dalloz, Précis, 2018
- SAFI, Farah, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, Dir. Ph. Conte, Varenne, coll. Thèse, 2014
- SARTRE, Jean-Paul, *Les mains sales*, Paris : Gallimard, 2003
- TEITGEN, Pierre-Henri, *La Police municipale*, thèse Nancy, 1934
- VERON, Michel, *Droit pénal spécial*, 17^e éd., Sirey, 2019

Articles et contributions

- ALIX, Julie, *Chronique de politique criminelle*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, vol. 2, no. 2, 2019, pp. 505-521
- ALIX, Julie, *Flux et reflux de l'intention en matière terroriste*, RSC, 2019 n° 2, pp. 505 s.
- ALIX, Julie, *La répression de l'incitation au terrorisme*, Gaz. Pal. 24 févr. 2015, n°213u6, p. 11
- ARENS, Nicolas, *La démocratie toquevillienne. Un parcours dialectique*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 74, no. 1, 2015, pp. 181-202
- ARONSON, Ronald, *Sartre contre Camus : le conflit jamais résolu*, Cités, vol. 22, n°2, 2005, pp. 53-65
- ARRORYO ZAPATERO, Luis, *L'harmonisation internationale du droit pénal*, trad. Tricot Juliette, RSC 2011. 557, Dalloz
- BELLOIR, Philippe, *Le blocage et le déréférencement administratifs des sites internet faisant l'apologie ou provoquant au terrorisme*, Gaz. Pal. 24 févr. 2015, n° 213y3, p. 19
- BIGUENET, Jérôme, *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation*, Dr. pén. 2001, chron. 25
- BOUCHET, Marthe, *L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond*, RSC 2017. p.495
- BRENGARTH, Vincent, *L'apologie et la provocation au terrorisme dans le Code pénal, Étude critique et premier bilan*, JCP G 2015, doct. 1003.
- CAMUS, Colombe, *La lutte contre le terrorisme dans les démocraties occidentales : État de droit et exceptionnalisme*, Revue internationale et stratégique, vol. 66, no. 2, 2007, pp. 9-24
- CARBONNIER, Jean, *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal*, JCP 1952, I, 1034
- CARTIER, Marie-Elisabeth, *Le terrorisme dans le nouveau code pénal français*, RSC, 1995, n° 2, p. 225-246
- CONTE, Philippe :
- Terrorisme, Éléments constitutifs du crime de l'article 421-1 du Code pénal*, Dr. pén. 2017, comm. 35
 - Apologie d'actes de terrorisme, Notion d'apologie*, Dr. pén. 2017, comm. 103
 - Apologie d'actes de terrorisme, Notion de publicité*, Dr. pén. 2018, comm. 171
 - Apologie publique d'actes de terrorisme, Liberté d'expression*, Dr. pén. 2019, comm. 20
 - Apologie publique d'actes de terrorisme, Éléments constitutifs*, Dr. pén. 2019, comm. 21
 - Association de malfaiteurs établie en vue de la préparation d'actes de terrorisme, Élément matériel*, Dr. pén. 2019, comm. 81
- DASSA, David, *Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ?*, Gaz. Pal. 24 févr. 2015, n° 213u5, p. 8
- DE LAMY, Bertrand, *Des actes aux paroles ; des paroles aux actes (à propos des délits d'apologie et de provocation terroristes)*, in Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Dalloz, 2016, p. 461 et s.
- DEFFERRARD, Fabrice, *La provocation*, RSC, 2002, pp. 233 et s.
- DERVIEUX, Valérie-Odile, *Apologie du terrorisme au sein de la fonction publique : un droit positif à adapter ?*, D. actu. 2 sept. 2019
- DREYER, Emmanuel, *Fermeture des lieux de culte appelant au djihad*, Gaz. Pal. 23 janv. 2018, n° 311k9, p. 78

- DUBUISSON, François, *La définition du « terrorisme : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique*, Confluences Méditerranée, vol. 102, no. 3, 2017, pp. 29-45
- DUEZ, Denis, *De la définition à la labellisation : le terrorisme comme construction sociale*, in K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten et B. Delcourt, *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2012, pp. 45 et s.
- FERRAGU, Gilles, *Le moment anarchiste en France et en Europe* », in *Histoire du terrorisme*, dir. Ferragu Gilles. Perrin, 2014, pp. 96-126
- GODEBERGE, Céline et DAOUD, Emmanuel, *La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes*, AJ Pénal, déc. 2014, 563
- GRAS, Frédéric, *Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie de terrorisme*, Legicom, vol. 57, no. 2, 2016, pp. 57-67
- GUIDERE, Mathieu, *Internet, haut lieu de la radicalisation*, Pouvoirs, vol. 158, no. 3, 2016, pp. 115-123
- LEPAGE, Agathe :
- L'apologie de crimes, jugement bienveillant sur des actes criminels*, CCE 2015. comm. 43
Apologie d'actes de terrorisme, De la publicité en matière d'apologie d'actes de terrorisme, CCE 2017. comm. 89
Apologie publique d'actes de terrorisme, Nouvelles applications de l'article 421-2-5 du code pénal, CCE 2019. comm. 10
- MAINCHAIN, Guillaume, *Sartre ou la théâtralité du passage à l'acte*, Cités, vol. 22, no. 2, 2005, pp. 121-136
- MALABAT, Valérie, *Les procédés de l'internationalisation du droit pénal : Rapport de synthèse*, Dr. pén. 2006, étude 17
- MALLOL, Francis, *Sur la prévention des actes terroristes*, Gaz. Pal. 16 févr. 2021, n° 396f5, p. 15.
- MATSOPOULOU, Haritini, *L'évolution du dispositif de lutte contre le terrorisme, Quelles mutations pour la justice pénale du 21^e siècle ?* : éd. Dalloz, 2020, p. 151
- MAYAUD, Yves *De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de publicité*, RSC 1998. 104
- PIERET, Julien, *Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme : limites et dérives du performatif juridique*, Revue de la faculté de droit de l'ULB, 2007-1, vol. 35, pp. 197-228
- PONCELA, Pierrette, *Les naufragés du droit pénal*, Archives de politique criminelle, vol. 38, no. 1, 2016, pp. 7-26
- PONSEILLE, Anne, *L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, Dr. pén. 2004, étude 10
- THERY, Raphaëlle, *Peut-on punir le terrorisme ?*, Rue Descartes, vol. 93, no. 1, 2018, pp. 72-84
- THIERRY, Jean-Baptiste, *La déspecialisation de la procédure pénale applicable aux infractions de presse*, AJ pénal 2021. 504
- THIERRY, Jean-Baptiste, *Le discernement du mineur mis en cause pour abus de la liberté d'expression*, Gaz. Pal. 16 févr. 2021, n° 397j9, p. 71

Cours et colloques

LEPAGE, Agathe, *Droit pénal des médias*, Cours magistral, Université Paris II. Panthéon-Assas, Master 2 Droit pénal et sciences pénales, 2021

PECHILLON, Eric, *Droit administratif général I.*, Cours magistral, Université Bretagne-Sud, 2018

Autres

AMNESTY INTERNATIONAL, *Test décisif en matière de liberté d'expression avec de très nombreuses arrestations dans le sillage des attentats*, France, 2015

CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme), *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Ass. plén., 25 sept. 2014

CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme), *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*, Ass. plén., 12 févr. 2015

DELAHOUSSE, Mathieu, *Tuez-les où que vous les rencontriez ! » : Au procès du 13-Novembre, la propagande de l'EI décryptée*, L'OBS, 24 sept. 2021

FranceInfo.fr, *Béziers : un homme condamné à 4 ans de prison pour apologie du terrorisme, provocation à commettre un crime sur Internet et propos racistes*, 2022

HENRY, Michel, *Apologie du terrorisme : la justice cogne ferme*, Libération, 14 janv. 2015

JACQUIN, Jean-Baptiste, *Le projet de loi antiterroriste est « une pilule empoisonnée »*, entretien avec le Défenseur des Droits Jacques TOUBON, LeMonde, 23 juin 2017

SOULLIER, Lucie, *Apologie du terrorisme : la justice face à l'urgence*, LeMonde.fr, 23 janv. 2015

Table des jurisprudences

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 7 déc. 1976, affaire Handyside c. Royaume-Uni, Req. n°5493/72

CEDH, 25 nov. 1997, affaire Zana c. Turquie, Req. n°18954/91

CEDH, 18 fév. 1999, affaire Waite et Kennedy c. Allemagne, Req. n°26083/94

CEDH, 11 avr. 2006, affaire Dicle c. Turquie, Req. n°46733/99

CEDH, 2 oct. 2008, affaire Leroy c. France, Req. n°36109/03

CEDH, 15 janv. 2009, affaire *Orban et autres c. France*, Req. n°20985/05

CEDH, saisine, 12 avr. 2021, n° 28000/19, R. c/ France

CEDH, 2 sept. 2021, affaire *Z.B. c. France*, Req. n° 46883/15

Conseil constitutionnel

Cons. const., 16 juill. 1996, n°96-377 DC
Cons. const., 4 déc. 2013, n°2013-679 DC
Cons. const., 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC
Cons. const., 18 mai 2018, n°2018-706 QPC

Cour de cassation

Cass. crim., 5 janv. 1883
Cass. crim., 22 août 1912, *Bull. crim.* n°464
Cass. crim., 20 août 1932, *Bull. crim.* n°207
Cass. crim., 5 nov. 1943
Cass. crim., 16 mars 1948
Cass. crim., 13 janv. 1954
Cass. crim., 11 févr. 1954, *Bull. crim.* n°71
Cass. crim., 25 févr. 1954, *Bull. crim.* n°89
Cass. crim., 25 oct. 1962, *Bull. crim.* n°292
Cass. crim., 25 oct. 1962, *Bull. crim.* n°293
Cass. crim., 28 oct. 1965
Cass. crim., 14 janv. 1971, n°70-90.558, *Bull. crim.* n°14.
Cass. crim., 11 juill. 1972, *Bull. crim.* n°256
Cass. crim., 23 mai 1973, *Bull. crim.* n°236
Cass. crim., 4 déc. 1973, n° 73-90.513, *Bull. crim.* n°448
Cass. crim., 19 mars 1986, n°85-93.900, *Bull. crim.* n°112
Cass. crim., 16 juill. 1986, *Bull. crim.* n°235
Cass. crim., 10 oct. 1988, n°87-90.832, *Bull. crim.* n° 333
Cass. crim., 30 mai 1989, n°89-81.578, *Bull. crim.* n°222
Cass. crim., 5 oct. 1993, *Bull. crim.* n°276
Cass. crim., 27 mai 1999, *Bull. crim.* n°112
Cass. crim., 14 déc. 2000, n°98-22.427
Cass. crim., 7 déc. 2004, n°03-82.832
Cass. crim., 1^{er} sept. 2005, n° 04-85.542
Cass. crim., 30 mai 2007, n° 06-86.326
Cass. crim., 23 mai 2012, n°12-80.328

Cass. crim., 27 nov. 2012, n°11-86.982 : *Bull. crim.* n°261

Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n°11-19.530

Cass. crim., 8 avr. 2014, n°12-87.497, *Bull. crim.* n°105

Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358

Cass. crim., 1^{er} déc. 2015, n°15-90.017

Cass. crim., 7 juin 2016, 15-81.405

Cass. crim., 26 oct. 2016, n°15-83.774

Cass. crim., 10 janv. 2017, n°16-84.596

Cass. crim., 25 avr. 2017, n°16- 83.331

Cass. crim., 11 juill. 2017, n°16-86.965

Cass. crim., 13 déc. 2017, n°17- 82.030

Cass. crim., 19 juin 2018, n°17-87.087

Cass. crim., 27 nov. 2018, n°17-83-602

Cass. crim., 11 déc. 2018, n° 18-82.712

Cass. crim., 20 févr. 2019, n°18-81.096

Cass. crim., 4 juin 2019, n° 18-85.042

Cass. crim., 5 juin 2019, n°18-80.783

Cass. crim., 10 mai 2020, n° 19-81.026

Cass. crim., 26 févr. 2020, n°19-81.827

Juridictions du fond

TGI Paris, 16e ch. corr., 18 mars 2015

CA Paris, 5 juin 2003

CA, Paris, 17 déc. 2010

CA Paris, 16 mai 2017

Juridictions administratives

CE, ord., 9 janv. 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n°374508

Décisions étrangères

C. Const. belge, 15 mars 2018, n° 31/2018

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PARTIE I. LA REPRESSION PENALE DU PROVOCATEUR.....	14
CHAPITRE I. LA PROVOCATION AU TERRORISME APPREHENDEE PAR LA THEORIE CLASSIQUE DE L'INFRACTION.....	15
Section 1. Le provocateur, complice de l'acte de terrorisme réalisé.....	16
§1. Le provocateur, complice de droit commun	17
§2. Le provocateur, complice particularisé.....	19
A. Une provocation grave appréhendée comme un délit de presse.....	19
B. Une pratique judiciaire anecdotique	22
Section 2. Le provocateur, auteur moral appréhendé par une infraction autonome.....	24
§1. Des limites de la théorie de la complicité à la lumière de la provocation au terrorisme.....	24
A. Une limite d'ordre théorique à faire de l'instigateur un complice par définition	25
B. Une limite d'ordre pratique face aux nombreuses provocations non-suivies d'effet	27
§2. Des quelques incriminations autonomes mobilisables contre la provocation au terrorisme.....	29
A. Le provocateur désigné malfaiteur de l'association de terroristes	30
B. Le provocateur désigné recruteur indépendamment de tout effet.....	32
C. La provocation de mineurs à la participation au groupement terroriste	34
D. Provocations à des actes de terrorisme spécifiques.....	35
CHAPITRE II. LA PROVOCATION AU TERRORISME SEPARÉE DES DELITS D'OPINION	38
Section 1. Un transfert au Code pénal motivé par des considérations répressives.....	39
§1. Un alignement sur les exigences européennes de répression de l'incitation.....	39
A. L'incitation, préoccupation du dispositif européen de prévention du terrorisme	40
B. Une pénalisation de la provocation au-delà des exigences internationales	42

§2. Une répression guidée par une nouvelle perception de la provocation	44
Section 2. Un transfert au Code pénal lacunaire sur le plan théorique.....	46
§1. L'élision de la condition de publicité : saisir le propos privé provocateur.....	47
A. Des contours abstraits de la publicité excluant certaines provocations	47
B. De l'effet de la communauté d'intérêts en matière terroriste.....	49
§2. L'abstraction du délit : saisir un propos potentiellement dangereux	52
A. L'exigence du caractère direct de la provocation	52
B. L'indifférence à l'effet de la provocation.....	54
 PARTIE II. LA REPRESSION PENALE DE L'APOLOGISTE.....	 57
 CHAPITRE I. L'APOLOGISTE DESIGNÉ EN PROVOCATEUR INDIRECT	 59
 Section 1. L'apologie, une indésirable parmi les infractions terroristes.....	 60
§1. La difficile assimilation de la parole apologétique à un acte terroriste	60
A. Une nouvelle approche de la parole fondée sur son support	60
B. Une perception sévère du rôle causal de la parole apologétique	62
§2. La regrettable régression de la liberté d'expression face aux opinions choquantes.....	64
A. Propos apologétique et liberté d'expression : entendre le propos qui choque.....	64
B. Répression de l'apologie et juge européen : admettre la censure pour l'ordre et la sécurité	66
 Section 2. L'apologie, une indésirable parmi les procédures antiterroristes.....	 69
§1. L'appréhension du propos apologétique par une procédure pénale inadaptée.....	70
A. Un terme à l'évidement de la loi spéciale de presse.....	70
B. Une application parcellaire de la procédure antiterroriste	71
C. Un traitement partiel par la procédure de droit commun.....	73
§2. L'appréhension du propos apologétique en vue d'un large coup de filet	75
A. Le propos apologétique, acte et indicateur de radicalisation.....	75
B. Le propos apologétique, catalyseur de l'intervention pénale et administrative	77

CHAPITRE II. L'APOLOGISTE DANS LE DEBAT PUBLIC	80
Section 1. Des contours redéfinis de la publicité du propos apologétique	81
Section 2. Des contours protéiformes de la parole apologétique	84
§1. Du contenu des propos apologétiques	84
A. Eloges des méfaits terroristes et de leurs auteurs : le périmètre établi du délit.....	84
B. Propos contestataires et paroles ambiguës : le périmètre intraçable du délit.....	86
§2. Du contexte des propos apologétiques	89
A. Le contexte spatiotemporel et le juge européen.....	89
B. Le contexte spatiotemporel et le juge pénal.....	92
Section 3. Des contours lâches de la conscience apologétique.....	94
§1. De la teneur du dol général de l'apologie des actes de terrorisme	94
§2. De l'opportunité d'un dol spécial pour l'apologie des actes de terrorisme.....	96

