

DES ACTES AUX PAROLES ; DES PAROLES AUX ACTES

**(À PROPOS DES DELITS D'APOLOGIE
ET DE PROVOCATION TERRORISTES)**

par Bertrand DE LAMY

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole IRDEIC

Définir la nature d'une infraction n'est pas toujours chose aisée. Les critères de classification sont divers et les catégories sont pour les unes trop larges pour en tirer une véritable identification, pour les autres trop étroites pour offrir une réelle lisibilité. Ces classifications peuvent s'appuyer sur la composante matérielle de l'infraction, sur la densité de son élément psychologique, ou encore sur la personne de son auteur ou de sa victime, la qualité de l'un ou de l'autre éclairant la valeur protégée qu'il est parfois délicat de cerner¹. Soit ces catégories sont révélées par la doctrine après une analyse de la structure des infractions pour en éclairer les conséquences quant à leur régime ; soit elles résultent d'un choix de politique criminelle, le législateur posant un ensemble d'infractions dotées d'un élément commun visant à lutter contre un phénomène criminel et assortissant cet ensemble d'un régime répressif adéquat. Certaines familles d'infraction 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, ce qui finit par poser la question de la limite de la pénalisation. Tel est le cas du terrorisme qui, devant l'impossibilité d'être strictement cerné par un texte,

¹ Voir A Vitu, *Traité de droit criminel : Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 21 : « Par critère technique, il faut entendre des procédés de classification tirés des éléments ou des conditions entrant dans la construction des différentes infractions. De multiples classifications sont alors possibles, mais la plupart présentent cette caractéristique commune d'être, ou trop générales ou trop vagues, ou de n'avoir à l'inverse qu'une portée limitée en ce sens qu'elles éclairent seulement un aspect, plus ou moins important, de la réalité pénale et peuvent, tout au plus, servir à établir des sous-distinctions ou des regroupements partiels à l'intérieur de classifications plus générales. (...) »

donne lieu à plusieurs incriminations ayant pour but, non seulement, de punir l'auteur de l'acte, mais aussi, de l'isoler de tout soutien.

La lutte pénale contre le terrorisme, débutée en 1986, a connu une accélération importante en 2013, 2014 et 2015 alors que le climat international se fait plus tendu et que la France, en proie à l'inquiétude, sera frappée plusieurs fois par des attentats commis par fusillades et, pour la première fois, par commandos suicide.

Ces dramatiques événements, qui marquèrent profondément la conscience collective, nourrirent légitimement une atmosphère de tension et d'émotion particulières rendant plus insupportables encore les propos provocateurs ou apologétiques. La provocation pousse à l'acte et l'apologie justifie l'acte commis. Ces deux délits font l'objet de poursuites plus faciles depuis que la loi du 13 novembre 2014 a transféré les textes les incriminant de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse à l'article 421-2-5 C. pén. au sein du chapitre énumérant « les actes de terrorisme », ce qui les débarrasse des règles contraignantes propres aux procès de presse. Le traitement pénal passe ainsi du régime de faveur offert à la presse, à la rigueur réservée aux actes terroristes. Ce passage sans transition, ni réflexion législative de fond, illustre, à la fois, l'effet d'attraction de la législation anti-terroriste et la réaction du législateur qui veut à tout prix intervenir dans le sillon de l'actualité, avant même de se demander ce qu'il faut faire et de quelle manière.

L'infraction de presse est identifiée par son mode de commission qui justifie l'édiction de règles ayant pour objet de protéger une liberté essentielle. Ce n'est pas le propos qui est puni, mais le fait de le publier ; l'article 23 de la vénérable loi visant comme procédés de commission des infractions les discours, cris, menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, les 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 visant ainsi internet. La loi de 1881, fille légitime de l'article 10 de la Déclaration de 1789, punit, dans des conditions procédurales protectrices, certains propos rendus publics pour ce qu'ils peuvent constituer de blessures morales pour autrui, d'atteinte à la dignité ou d'effet d'entraînement sur des esprits faibles, dans tous les cas d'inflammations sociales devant lesquelles le Droit doit marquer une réaction tout en veillant au respect de la liberté d'expression.

Cet équilibre complexe, est mis à mal par l'évolution des moyens de communication puisqu'internet et les réseaux sociaux permettent à chacun, sous couvert d'anonymat, de diffuser à très grande échelle les propos les plus odieux. Le « cyberterrorisme », notamment, nécessite pour le législateur, une réaction plus marquée.

La loi du 13 novembre 2014 – non soumise au Conseil constitutionnel – modifie l'appréhension des délits de provocation et d'apologie du terrorisme pour se focaliser, non sur la publication des propos, mais sur leur teneur qui les encre dans la catégorie des infractions terroristes. Ce passage d'une catégorie d'infractions à une autre pose la question de la détermination de l'intérêt protégé par ces incriminations et de l'éventuelle

incidence de ce changement sur leur interprétation puisque la provocation et l'apologie d'actes de terrorisme, d'infractions de presse, deviennent des infractions terroristes.

Considérer la provocation et l'apologie, aussi détestables soient-ils, comme des actes et non plus comme des paroles, n'est pas anodin². L'interrogation sur la soi-disant nécessité de transférer ces délits dans le Code pénal et donc de les considérer comme des actes (I), doit être complétée par une réflexion sur leurs contours que la réforme n'a pas précisés (II).

I. – LA SOI-DISANT NECESSITE DE CONCEVOIR LA PROVOCATION ET L'APOLOGIE DU TERRORISME COMME DES ACTES

Selon l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, publiquement, « auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet ». Cette disposition générale, qui pose un cas de complicité applicable évidemment au terrorisme, a été complétée par des incriminations spéciales introduites dans la loi sur la liberté de la presse par le texte du 9 septembre 1986 relatif à la lutte contre le terrorisme⁴. L'article 24 de la même loi vise, en effet, plus spécifiquement dans son alinéa 6, ceux qui, publiquement, « auront provoqué directement aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du Code pénal ou qui en auront fait l'apologie ». Autrement dit, la loi de 1881 prévoit un maillage important, fait d'une disposition générale et d'une disposition spéciale, pour appréhender les propos qui apporteraient un soutien au terrorisme en incriminant, dès lors qu'ils sont publics, la provocation directe, suivie d'effet et non suivie d'effet, ainsi que l'apologie.

Malgré le peu de jurisprudence en la matière⁵, le législateur a voulu renforcer la répression au prix de dérogations au régime de la loi de 1881 protégeant la liberté de la presse. La loi du 21 décembre 2012⁶ a ainsi porté

² Voir notamment le commentaire de J. Alix, « La répression de l'incitation au terrorisme », *Gar. Pal.* 24 févr. 2015, p. 11 qui relève, très justement, que « Désormais, le provocateur ou l'apologue sont considérés comme des maillons de la chaîne terroriste, des terroristes eux-mêmes. (...) La solution soulève inévitablement des critiques au regard de la réalité que les incriminations sont appelées à saisir, réalité aussi large que le sont les incriminations en cause, avec le risque qu'elles soient appliquées à des défenseurs de mouvements de libération nationale, à des journalistes ou médias qui estiment qu'une information, même abjecte et propagandiste, mérite d'être relayée ».

³ L'art. 23 posant une hypothèse de complicité, il fait encourir au provocateur les mêmes peines que l'auteur principal.

⁴ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, art. 8.

Le Parlement soucieux de la liberté de la presse, n'a voulu adopter qu'un « dispositif minimum touchant la manifestation la plus scandaleuse de l'écho médiatique du terrorisme qu'est l'apologie du crime terroriste, c'est-à-dire la glorification de l'acte ou le fait de le justifier avec indulgence » *Rapport Sénat n° 457*, par M. P. Masson, 1985-1986.

Cette disposition a été modifiée par la loi du 16 décembre 1992 afin de prendre en compte l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal qui consacre le titre II de son livre IV au terrorisme.

⁵ Voir projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, étude d'impact, 8 juill. 2014, p. 12-13.

⁶ Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012.

le délai de prescription de l'action publique et de l'action civile à un an⁷ et a permis la détention provisoire pour ces délits⁸. Ces modifications trouvent leur justification dans le constat qu'Internet, les réseaux sociaux et Tweeter sont devenus des moyens de recrutement des apprentis terroristes et d'auto-radicalisation⁹. Ce cyber-terrorisme, très préoccupant, réclame des facilités procédurales pour pouvoir diligenter aisément des poursuites. La loi du 14 mars 2011, avait d'ailleurs déjà prévu une disposition particulière d'enquête sous pseudonyme afin de constater les infractions mentionnées à l'alinéa six de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 « lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique »¹⁰. Au terme de ces réformes, la lutte contre les propos condamnables reste inscrite dans la loi de 1881 mais en étant facilitée par des règles procédurales s'éloignant du droit de la presse. De tels aménagements repoussaient la nécessité d'un transfert des délits de provocation et d'apologie dans le Code pénal que le droit supra-national relatif à la lutte contre le terrorisme ne réclamait d'ailleurs pas.

Ainsi la décision-cadre de l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme¹¹ demandait simplement aux États de punir « l'incitation » au terrorisme ; celle du 28 novembre 2008¹², qui viendra la compléter, demandera notamment aux États 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 (...) » et on entend par « “provocation publique à commettre une infraction terroriste”, 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 1^{er}, 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 »¹³. L'article 2 de la même décision-cadre ajoute que ce texte n'entend pas obliger les États à bouleverser leur droit en matière de liberté d'expression.

Une résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU appelle, également, les États à adopter les mesures nécessaires pour « interdire par la loi l'incitation à commettre des actes de terrorisme »¹⁴. Il n'y avait donc pas d'obligation

⁷ Art 65-3 de la loi de 1881. Cet article ne modifie la prescription qu'à propos des délits de l'article 24 de la loi de 1881.

⁸ Art. 52 de la loi de 1881. Cette disposition vaut tant pour l'art 23 que pour l'art 24 de la loi de 1881.

⁹ Voir le *rapport de l'Assemblée Nationale*, n° 409 (2012), par M^{me} M-F Bechtel, art 2 ter.

¹⁰ Art. 706-25-2 C. pr. pén. abrogé par la loi du 13 nov 2014 et remplacé par l'art. 706-87-1 du même code.

¹¹ Décision cadre 13 juin 2002, relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI), art 4.1.

Voir également la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, Varsovie 16 mai 2005, art. 5.

¹² Décision cadre du 28 novembre 2008, modifiant la décision cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, art. 1.2.a)

L'exposé des motifs explique dans son (4) : « L'internet est utilisé pour stimuler et mobiliser les réseaux terroristes locaux et les personnes en Europe et sert également de source d'informations sur les moyens et les méthodes terroristes, faisant ainsi office de « camp d'entraînement virtuel ». Les activités telles que la provocation publique à commettre des infractions terroristes et le recrutement et l'entraînement pour le terrorisme se sont multipliées, pour un coût et une prise de risques très faibles. »

¹³ Art. 1^{er}.1.a.

¹⁴ Résolution n° 1624 (2005) du conseil de sécurité des Nations unies, adoptée le 14 septembre 2005.

européenne ni internationale à incriminer l'apologie terroriste ni à ériger la provocation en infraction terroriste.

Malgré les aménagements procéduraux, l'absence d'évaluation de l'efficacité de la loi de 2012 et la compatibilité du dispositif existant avec le droit européen et international, la loi du 13 novembre 2014 revient encore sur l'ouvrage et, cette fois, ampute la loi de 1881 pour créer, au sein du chapitre du Code pénal intitulé « des actes de terrorisme », un article 421-2-5 qui incrimine « le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes ». Sont donc érigées en actes de terrorisme, d'une part, la provocation publique et non-publique à des actes de terrorisme qu'elle soit ou non suivie d'effet, et, d'autre part, l'apologie publique de ces actes. Les règles procédurales contraignantes en matière de qualification, mais protectrices de la liberté de la presse, ne s'appliquent alors plus¹⁵. Corrélativement la loi du 13 novembre 2014 abroge le sixième alinéa de l'article 24 de la loi sur la liberté de la presse mais ne touche pas à son article 23 – puisqu'il s'agit d'un cas général de complicité – qui punit toujours comme complice celui qui a publiquement et directement provoqué, notamment, à commettre un acte de terrorisme, si la provocation a été suivie d'effet. Une fois encore l'agitation législative nuit à la cohérence et à la lisibilité du Droit.

L'absence de réflexion sur ce qu'est un « acte » et décider si une « parole » peut être punie à ce titre, se traduit par un nouvel allongement de la liste des infractions terroristes dans le Code pénal. Infractions de résultat et infractions de prévention, infraction contre les personnes et infractions contre les biens, infractions violentes et, maintenant, infractions par le propos : la liste¹⁶ ne connaît pas d'unité et le manque de définition rigoureuse du terrorisme ne permet pas un ciment commun, ni ne met de borne à la pénalisation¹⁷.

Le basculement des délits de provocation et apologie terroristes dans le Code pénal se fait, non seulement, au prix d'un allongement toujours plus désordonné de la liste des infractions terroristes ainsi que d'un démembrement de la loi de 1881, mais aussi d'un éclatement du régime des infractions terroristes qui ne s'applique pas dans sa totalité aux nouveaux délits. Exfiltrés de la loi de 1881 pour entrer dans le Code pénal en tant qu'acte terroriste, ces délits n'en prennent pas toute la mesure procédurale par crainte d'une censure constitutionnelle qui serait motivée par l'absence de nécessité de mettre en œuvre un régime aussi rigoureux. Ils conservent même le système dit de la responsabilité en cascade propre aux infractions de presse¹⁸. Exit¹⁹ donc le régime de la garde à vue propre au terrorisme, le

¹⁵ Il s'agit des règles prévues aux articles 50 et 53 de la loi de 1881.

¹⁶ Art. 421-1 s. C. pén.

¹⁷ Voir J. Alix, « La répression de l'incitation au terrorisme », *op. cit.*, p. 11 : « (...) le déplacement de ces incriminations dans le Code pénal traduit une nouvelle extension de la conception du terrorisme. Désormais, le provocateur ou l'apologue sont considérés comme des maillons de la chaîne terroriste, des terroristes eux-mêmes ».

Pour une autre approche : D. Dassa-Le Deist, « Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ? », *Gaz. Pal.* 24 févr. 2015, p. 8.

¹⁸ Al. 3 art. 421-2-5 C. pén. : « 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. »

régime dérogatoire de perquisition, alors que l'on clamait l'urgence à intervenir, ainsi que la prescription de l'action publique qui est de vingt ans pour les délits terroristes²⁰... mais sont tout de même admises des mesures particulièrement intrusives, à savoir l'infiltration²¹, la surveillance²², l'interception des correspondances émises par voie de télécommunication²³, la captation de données informatiques²⁴, ainsi que la sonorisation des lieux et véhicules²⁵ dont on se demande bien pourquoi elles ne pourraient être mises en cause, compte tenu d'une nécessité voire d'une utilité douteuse, pour de tels délits. Quant au recours de la comparution immédiate, désormais applicable, elle se heurte à l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui ne la considère pas adaptée au contentieux des abus de la liberté d'expression²⁶.

Les dispositions introduites dans le Code pénal méritaient donc, tout de même, d'être mises à l'épreuve d'une QPC s'inspirant de la décision rendue le 16 juillet 1996²⁷. Le Conseil constitutionnel n'avait alors pas admis l'introduction dans la liste des infractions terroristes du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France. Les raisons de cette position peuvent être transposées. D'abord, la provocation et l'apologie ne sont pas « des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes » et ne sont pas « en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ». Ensuite, des incriminations différentes peuvent le plus souvent être utilisées pour appréhender l'auteur de tels propos. Enfin, « la qualification d'acte de terrorisme a pour conséquence l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun ». La chambre criminelle en a jugé autrement en considérant dénuée de sérieux la QPC posée. D'une part, parce que les termes de l'incrimination sont suffisamment clairs et précis ; d'autre part, parce que l'atteinte portée « à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression par une telle incrimination apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de lutte contre le terrorisme et de défense de l'ordre public poursuivi par le législateur » ; enfin, parce qu'il « est possible de fixer des règles de procédures différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, quand ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et lorsque sont assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect des droits de la défense »²⁸.

Non seulement donc, la loi de 1881 permettait d'inquiéter les auteurs des propos, mais le Code pénal lui-même prévoyait déjà des incriminations permettant les poursuites anticipées lorsqu'un acte, ou ses prémices

¹⁹ L'article 706-24-1, introduit dans le Code de procédure pénale par la même loi du 13 novembre 2014, énonce que « les articles 706-88 à 706-94 du présent code ne sont pas applicables aux délits prévus à l'article 421-2-5 du code pénal ».

²⁰ Art. 706-25-1 C. pr. pén. ; le délai de prescription de l'action publique pour les délits de provocation et d'apologie du terrorisme est donc désormais de trois ans.

²¹ Art. 706-81 à 706-87-1 C. pr. pén.

²² Art. 706-80 C. pr. pén.

²³ Art. 706-95 C. pr. pén.

²⁴ Art. 706-102-1 à 706-102-9 C. pr. pén.

²⁵ Art. 706-96 à 706-102 C. pr. pén.

²⁶ Voir C. Fleuriot, « Apologie de terrorisme : la comparution immédiate n'est pas adaptée », *Dalloz actualité*, 24 févr. 2015.

²⁷ Cons. const. 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, cons. n° 8.

²⁸ Crim. 1 déc. 2015, n° 15-90017.

matérielles, étaient constatables. Ainsi de l'association terroriste de malfaiteurs définie comme « le 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 précédents »²⁹. Malgré ses conditions d'application très large, la jurisprudence ne permet certes pas la sanction de l'incitation au terrorisme sur le fondement de ce délit ; la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a d'ailleurs annulé la mise en examen à ce titre de celui qui était modérateur d'un site internet promouvant le djihad³⁰. Mais le recrutement de terroriste est également incriminé en des termes permettant l'anticipation : « 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 prévus à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 est puni, même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet (...) »³¹. Plus récemment, la préparation d'une infraction terroriste individuelle témoigne encore de la volonté de prévention, mais sa définition trop longue montre le souci de n'appréhender que des comportements tangibles et non la simple pensée criminelle³². Or, la provocation et l'apologie sont précisément des pensées formulées et non des actes. Reste la délicate question de l'usage d'Internet et des réseaux sociaux dont la facilité d'accès et de diffusion pourraient brouiller cette dernière distinction. Ces nouveaux moyens de communication doivent-ils être régis par la loi sur la liberté de la presse ou sont-ils d'une autre nature, par la diffusion massive qu'ils permettent, justifiant une autre législation ? La question mérite d'être posée mais la réponse est assurément complexe entre la nécessité d'adopter un régime propre à ce moyen de communication qui pose des problèmes inédits et le risque de voir un même propos réprimé dans des conditions différentes selon le support emprunté³³. Pour l'heure, le législateur a érigé l'utilisation de ces procédés informatiques en circonstance aggravante³⁴, allant au plus

²⁹ Art. 421-2-1 C. pén. Cette infraction, dont la jurisprudence assouplit encore les contours, est la plus utilisée (J. Alix, *J.-Cl. Pénal*, art 421-1 à 422-7 C. pén., n° 71 s.).

³⁰ Ch. instruction, Paris, 17 déc. 2010, cité par Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Etude d'impact 8 juill. 2014, p. 42.

³¹ Art. 421-2-4 C. pén.

³² Art. 421-2-6 C. pén.

³³ « En effet, pourquoi “faire encourir à l'animateur d'un blog djihadiste à très faible audience une peine plus sévère”, qu'à un représentant notoire d'une organisation terroriste, s'exprimant sur une chaîne grand public ? » : C. Godeberge et E. Daoud, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », *AJ pénal* 2014. 563.

³⁴ Art. 421-2-5 al. 2 C. pén.

L'art. 706-23 C. pr. pén., modifié par la même loi du 13 nov 2014, prévoit que « L'arrêt d'un service de communication au public en ligne peut être prononcé par le juge des référés pour les faits prévus à l'article 421-2-5 du code pénal lorsqu'ils constituent un trouble manifestement illicite, à la demande du ministère public ou de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir ». Plus largement pour une étude des dispositifs applicables à la diffusion de messages à caractère terroriste : E. Derieux, « Lutte contre le terrorisme et droit de la communication », *Légipresse* 2014, n° 322, p. 686.

Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire par S. Pietrasanta (AN, n° 2308) J.J. Hyest et A. Richard (Sénat n° 37), p. 5 : « Il n'est apparu ni possible, ni souhaitable de distinguer le régime procédural de ces délits en fonction du moyen utilisé : si on appliquait le régime très libéral de la loi de 1881 à un message de provocation commis par voie de presse “classique”, et le régime strict des infractions terroristes au même message au seul motif qu'il est émis par Internet, cela créerait une différence de traitement non justifiée au regard de la différence de gravité des faits. Une circonstance aggravante en cas de commission sur Internet permet de marquer cette différence, mais appliquer deux régimes procéduraux

facile en soulignant ainsi la singularité de cette technologie sans s'interroger sur sa nature infractionnelle.

La prise en compte de la provocation et de l'apologie comme actes terroristes au motif que ces propos ont une force d'entraînement ne convainc pas : la question de savoir si une parole peut être considérée comme un acte est ancienne et avait été résolue en faveur de la liberté de la presse. Point d'impunité mais une incrimination s'inscrivant dans le respect d'une tradition juridique libérale afin précisément de ne pas se laisser emporter par le phénomène contre lequel on lutte. Le transfert irréfléchi dans le Code pénal est d'autant plus critiquable qu'il ne s'est pas accompagné d'une rédaction plus précise des deux délits, voire d'une dégradation.

II. – LES CONTOURS IMPRECIS DES DELITS DE PROVOCATION ET D'APOLOGIE TERRORISTES

Les contours respectifs des deux délits ont été, partiellement redessinés par l'article 421-2-5 C. pén. sans gagner en netteté, laissent entière la question de leur compatibilité tant avec la légalité qu'avec la liberté garantie par l'article 10 de la Conv. EDH.

Le délit de provocation incrimine la provocation directe, laquelle appréhende seulement l'appel explicite à la commission d'un acte déterminé³⁵, ce qui circonscrit clairement la répression. Effectivement, la sanction de la provocation indirecte mordrait trop sur la liberté d'expression puisqu'il s'agirait de punir tout propos insidieux pouvant amener au passage à l'acte, ce qui pourrait mettre en cause des discours idéologiques dont on pourrait penser qu'ils ont une force d'entraînement.

Mais à un autre égard l'incrimination est plus large puisque la provocation directe aux actes de terrorisme est punie sans être publique, contrairement à la version du délit qui figurait dans la loi de 1881. L'article 24 de cette loi ne demandait pas non plus que la provocation soit suivie d'effet, le caractère formel du délit était compensé par la publicité qui conférait au propos toute sa portée et le dotait d'une dangerosité. La loi nouvelle en basculant les délits dans le Code pénal s'est donc focalisée sur la seule teneur du propos censée l'ancrer dans la sphère terroriste.

Ne pas réclamer la publicité des propos, revient à punir ceux qui seraient tenus dans une enceinte réunissant les personnes partageant une communauté d'intérêt et non uniquement dans un lieu accessible à chacun ;

totalément différents ne serait pas justifié et pourrait soulever une difficulté de constitutionnalité. » La Commission des lois du Sénat avait adopté un amendement ayant pour objet d'introduire dans le Code pénal les délits d'apologie publique au terrorisme et de provocation au terrorisme « par voie d'un service de communication au public en ligne », l'utilisation d'internet légitimant la mise en œuvre de règles particulières de procédure (Sénat, rapport n° 9, par J.J. Hiest et A. Richard, p. 49).

La Cour EDH (CEDH 5 mai 2011, *Comité de Rédaction Pravoye Delo et Shtekel/ Ukraine*, § 62) admet des régimes différents pour la presse écrite et pour Internet.

³⁵ Georges Barbier, *Code expliqué de la presse*, Paris, 1911, p. 297 « pour être punissable, la provocation non suivie d'effet doit être *directe*. Pour avoir ce caractère, il faut qu'elle soit manifeste, patente, flagrante, que non seulement par son esprit, mais *par ses termes mêmes*, elle excite à commettre *un fait déterminé*, (...) » ; « l'attaque la plus violente, tant qu'elle n'est pas accompagnée d'un appel à la force, tant qu'elle n'excite pas formellement à l'*acte matériel* constitutif du crime ou du délit, ne revêt évidemment pas le caractère d'une provocation directe ».

le caractère non public du propos ne signifiant pas qu'il soit confidentiel. La provocation non publique peut ainsi appréhender les propos tenus lors de réunions privées, tels des prêches formulés dans des lieux non ouverts au public, ou des messages diffusés par internet sur des forums privés ou encore sur des réseaux sociaux non ouverts³⁶. Le législateur, comme précédemment, n'a pas exigé que cette provocation soit suivie d'effet. Sans doute exiger qu'une provocation soit suivie d'effet pour entrer en condamnation revient à faire dépendre l'intervention du droit pénal d'un élément finalement extérieur à l'agent et introduit un facteur d'incertitude puisqu'il faut décider si l'écoulement d'un certain temps entre le propos et l'acte n'a pas altéré le lien entre eux au point que la provocation ne soit plus la cause de l'agissement. Le provocateur ne peut savoir si ses propos entraîneront ou n'entraîneront pas de passage à l'acte. Mais en fin de compte, ce type d'incrimination punit alors simplement l'extériorisation d'une pensée puisque l'agent n'a pas accompli le moindre acte matériel tendant à l'infraction, et qu'autrui n'a pas agi dans le sens préconisé. Reste que d'autres³⁷ se focalisent sur le trouble engendré par ces propos choquants, qu'ils apparentent alors à un acte.

Ne pas exiger que la provocation soit suivie d'effet fait donc dépendre la condamnation de la seule teneur des propos, des mots utilisés, de la façon dont ils sont associés et de la charge émotive dont ils sont porteurs. Seul l'immature, l'imprudent ou l'exalté tiendront alors de tels propos que chacun sait pénalisés ; les poursuites sur ce fondement sont d'ailleurs rarissimes. 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. La provocation est un feu de paille ; l'apologie est un feu couvé.

L'article 421-2-5 du Code pénal demande que l'apologie soit, quant à elle, publique. La justification avancée laisse particulièrement étonné : « (...) la Commission a considéré que l'exigence de publicité demeurerait nécessaire, car il s'agit de l'expression d'une opinion, certes potentiellement odieuse, mais qui n'incite pas directement à commettre une infraction »³⁸. Comment justifier alors que ce propos soit érigé en acte soumis à un régime procédural dérogatoire et à des mesures intrusives ?

Curieuse dysharmonie qui paraît laisser à ce délit sa parure d'infraction de presse. La nouvelle incrimination perd en netteté en se contentant de punir le fait « de faire publiquement l'apologie » des actes de terrorisme, alors que la disposition qui figurait dans la loi de 1881 renvoyait, plus précisément, aux procédés de publicité énumérés à l'article 23 de la même loi. Cependant, la circulaire du garde des Sceaux en date du 12 janvier 2015 et portant sur les « infractions commises à la suite des attentats terroristes commis les 7, 8 et 9 janvier 2015 », indique que l'apologie du terrorisme de l'article 421-2-5 C. pén. exige la condition de publicité prévue par l'article 23 de la loi sur la liberté de la presse...

³⁶ Ass. nat, rapport n° 2173, par Seb Pietrasanta, p. 95.

³⁷ Ribot, *JO* 1^{er} févr. 1881, *Débats et documents parlementaires*, Chambre, p. 97 et 98.

³⁸ Ass. Nat., rapport n° 2173, *op. cit.*, p 95.

L'apologie, qui fonde davantage de poursuites que la provocation directe, a été étendue par la jurisprudence, au point de mal se distinguer de la provocation indirecte, cette dernière échappant pourtant à la loi pour protéger la liberté d'expression. Autrement dit, alors que le législateur a voulu punir seulement la provocation directe, l'apologie – qui demeure indéfinie – tend à recouper le champ de la provocation indirecte.

Il faut se souvenir que l'apologie n'avait pas été introduite initialement dans la loi sur la liberté de la presse car « ni l'apologie de faits qualifiés crimes, ni l'attaque contre le respect dû aux lois ne sont des actes ; ce ne sont que des appréciations, des discussions sous une forme plus ou moins vive, plus ou moins agressive, plus ou moins blâmable en soi. Ce ne sont que des opinions »³⁹. La vague d'attentats anarchistes que connut la France en 1893, amena le législateur à revoir les frontières de la pénalisation avec la loi du 12 décembre de cette même année. Le garde des Sceaux justifiait ainsi l'incrimination : « Qu'est-ce que l'apologie ? C'est 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 directe et trop violente »⁴⁰. Ce retour de l'acte à la parole – c'est-à-dire du crime à son apologie – est plus délicat à pénaliser puisqu'il n'y a pas ici la recherche explicite d'inciter au passage à l'acte. La parole appréhendée est plus diffuse, voire simplement ambiguë.

Effectivement, l'apologie n'est pas seulement la glorification du crime ou du criminel⁴¹, elle comprend aussi leur justification c'est-à-dire la présentation de l'infraction comme un idéal incompris, comme un acte digne d'approbation dont l'auteur ne devrait pas être condamné⁴². L'apologie est encore constituée, lorsque le propos rabaisse la victime, ce qui revient à justifier le crime, ou en mettant sur un même plan le criminel et la victime dans une comparaison ou une assimilation douteuse qui, finalement, banalise le crime commis par les confusions qu'elle entretient⁴³. La jurisprudence punit donc tant l'apologie directe que l'apologie indirecte qui ne peut être ramenée à un mot ou une expression mais résulte de l'ensemble d'une publication, entendant amener le public à porter un jugement favorable sur un criminel ou sur son crime⁴⁴.

Est ainsi constitutif du délit le fait d'écrire « je suis Charlie-Koulibaly », mêlant Charlie Hebdo, victime d'une attaque ayant fait 12 morts, et le patronyme du terroriste ayant attaqué l'« Hyper Cacher » à Paris le 9 janvier

³⁹ H. Cellier et Ch. Le Senne, *Loi de 1881 sur la presse*, Paris, Librairie Marescq, 1882, p. 155.

⁴⁰ Intervention du garde des Sceaux à la Chambre des députés le 11 décembre 1893, *D.* 1894, IV, p. 9.

⁴¹ Les propos glorifiant le criminel doivent viser celui-ci à raison de son crime.

⁴² En ce sens Crim. 2 nov. 1978, *Bull. crim.* n° 294.

Pour un arrêt plus récent expliquant que l'apologie est plus large que l'éloge et la provocation directe : Crim. 7 déc. 2004, *Bull. crim.* n° 310.

⁴³ En ce sens Crim. 11 févr. 1954, *Bull. crim.* n° 71.

⁴⁴ Crim. 14 janv. 1971, *Bull. crim.* n° 14.

La Cour de cassation est allée jusqu'à considérer qu'un propos qui n'est pas suffisamment critique et ne prends pas suffisamment de distances sur des faits relatés, contient implicitement mais nécessairement l'apologie de crimes ou délits : Crim. 16 nov. 1993, *Bull. crim.* n° 341. Cette solution allait entraîner la condamnation de la France par la CEDH, notamment parce que les faits relatés s'étaient déroulés près de 40 ans auparavant et que tout pays doit pouvoir débattre de sa propre histoire : CEDH 23 sept. 1998, aff. *Lehideux et Isorni/ France*, § 55.

2015⁴⁵. Si les poursuites pour provocation et apologie du terrorisme sont rares, elles se multiplient, pour le second délit, après la commission d'attentats. Au début de l'année 2015, la presse se fait ainsi l'écho d'un nombre inhabituel de poursuites qui visent davantage des propos tenus par des provocateurs ou des personnes en état d'ébriété que par des terroristes⁴⁶ ; or, le droit pénal a, le plus souvent, d'autres fondements parfaitement applicables aux faits rencontrés tels les délits de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale⁴⁷, de diffamation ou d'injure raciales⁴⁸, de menace⁴⁹, d'outrage⁵⁰ ou de fabrication, de transport ou de diffusion de messages incitant au terrorisme lorsque ce message est susceptible d'être vu par un mineur⁵¹. Est révélatrice de ces poursuites tous azimuts, une affaire partie d'une école maternelle pour arriver jusqu'à la Cour de cassation. L'arrêt rendu, qu'il aurait mieux valu cacher, aura même les honneurs du site internet de la Haute juridiction⁵². Les prévenus étaient poursuivis, l'un, pour avoir offert un tee-shirt et, l'autre, pour l'avoir fait porter à son fils de trois ans alors que ce vêtement portait sur la poitrine l'inscription « je suis une bombe » et dans le dos « Jihad, né le 11 septembre ». Pour les juges, ces inscriptions mentionnées sur le même vêtement doivent être lues comme un tout et présentent les attentats qui restent ancrés dans la mémoire collective sous un jour favorable ; dès lors le prévenu « a utilisé un très jeune enfant comme support d'un jugement bienveillant sur des actes criminels (...) ». Cette condamnation montre, tout d'abord, que la mise en œuvre de l'article 24 de la loi de 1881, servant ici de fondement, n'avait rien d'insurmontable, contrairement à ce qu'invoquait le législateur de novembre 2014 pour justifier le glissement des délits dans le Code pénal. Elle montre, ensuite, combien les frontières de l'apologie sont incertaines. Que les inscriptions ici en cause soient provocatrices et du plus mauvais goût, on en conviendra facilement, qu'elles soient constitutives du délit ne convainc, en revanche, pas ; l'apologie réclame soit l'évidence des termes employés lorsqu'elle est faite par éloge, soit une pensée construite lorsqu'elle est indirecte⁵³. Le vêtement, de taille trois ans, ne présentait ni l'une ni l'autre.

La motivation même de la Chambre criminelle n'apporte rien : « (...) en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui, analysant le contexte dans

⁴⁵ Montpellier 12 mai 2015, *Juris-data* n° 2015-022361.

Déjà TGI Paris, 18 mars 2015, *Juris-data* n° 2015-005323, condamnant un humoriste ayant inscrit sur sa page Facebook après les manifestations d'émotions à la suite des attentats commis à Paris en janvier 2015 « ce soir, je me sens Charlie Coulibaly ». Pour les juges « (...) en associant Charlie à Coulibaly, il fait un amalgame provocateur entre le symbole de la liberté d'expression qui a coûté la vie à des journalistes et un auteur d'actes terroristes auquel il s'identifie ».

⁴⁶ Voir « Apologie d'actes terroristes : des condamnations pour l'exemple », par Louis Imbert, *Le Monde.fr* du 13 janv 2015 ; « Apologie du terrorisme : la justice face à l'urgence », par Lucie Soullier, *Le Monde.fr* du 22 janv 2015 et du même auteur « Dans le grand fourre-tout de l'apologie du terrorisme », *idem* du 18 déc 2015 ; également « Apologie du terrorisme : une longue liste de condamnations », par Boris Manenti, *lenouvelobs.com* du 20 janv 2015.

⁴⁷ Art. 24 de la loi du 29 juillet 1881.

⁴⁸ Art. 32 et 33 de la loi de 1881.

⁴⁹ Art. 222-17 C. pén.

⁵⁰ Art. 433-5 C. pén.

⁵¹ Art. 227-24 C. pén., modifié par la loi du 13 nov. 2014.

⁵² Nîmes 20 sept. 2013, *Juris-data* n° 2013-029012, *CCE* 2014, comm 38, A Lepage ; *Crim.* 17 mars 2015, *Juris-data* n° 2015-005804, A Lepage, *JCP* 2015. 559, E Dreyer.

⁵³ Pour une étude de la jurisprudence en matière d'apologie : *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ 2000, coll. « Bibliothèque sc. crim. », t. 34, p. 356 s.

lequel les mentions incriminées ont été imprimées et rendues publiques, a exactement apprécié leur sens et leur portée (...) ». Finalement, l'existence de l'apologie est affirmée mais non démontrée. Et l'analyse contextuelle, qui quitte alors le terrain véritablement juridique, rappelle la grille de lecture si variable de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais cette juridiction admettrait-elle, si semblables faits se passaient aujourd'hui, qu'ils soient qualifiés d'acte de terrorisme avec les rigueurs de procédure existant maintenant ici ?

Si la formule classique⁵⁴, selon laquelle 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 (...) », reste d'actualité⁵⁵, pour autant le délit d'apologie n'est pas condamné dans son principe par la CEDH. Celle-ci se livre, en effet, à une analyse contextuelle déterminante, en particulier, à deux égards. D'une part, le lieu où les propos sont diffusés entre en ligne de compte pour conclure à la conventionnalité d'une condamnation pénale lorsque la région connaît des tensions et des actes de terrorisme. D'autre part, l'époque de diffusion des propos est également importante, une apologie pouvant donner lieu à condamnation lorsqu'elle est concomitante à d'autres attentats, ou qu'elle les suit au point que l'opinion publique ne peut supporter semblable propos⁵⁶. Le juge européen prête également attention à la teneur des propos et n'admet pas la condamnation du chef de propagande par voie de presse contre l'unité indivisible de l'État et de publication de déclarations émanant d'une organisation illégale armée, infractions prévues par la loi relative à la lutte contre le terrorisme, dès lors que « les écrits litigieux ne contenaient aucun appel à l'usage de la violence, à la résistance armée ou au soulèvement, et qu'ils ne constituent pas un discours de haine, ce qui est à ses yeux l'élément essentiel à prendre en considération »⁵⁷. La Cour pose clairement qu'elle « porte une attention particulière aux termes employés dans cet article et au contexte de sa publication, en tenant compte des circonstances qui entouraient le cas soumis à son examen, en particulier des difficultés liées à la lutte contre le terrorisme »⁵⁸.

Le délit de provocation, constituant un appel explicite à la violence, paraît compatible avec les enseignements de la Cour de Strasbourg, mais n'étant quasiment jamais appliqué, on ne voit pas naître ici de contentieux européen. Quant à l'apologie, 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 ?

* * *

*

⁵⁴ Formule inaugurée par CEDH 7 déc. 1976, aff *Handyside/RU*, § 49.

⁵⁵ Pour un rappel récent : CEDH 16 juin 2015, *Delfi AS/Estonie*, § 131.

⁵⁶ En ce sens CEDH 25 nov. 1997, *Zana/Turquie*, § 57 à 60 ; 2 oct. 2008, *Leroy/France*, § 45.

⁵⁷ CEDH 27 nov. 2012, *Bayar et Gürbüz/Turquie*, § 34.

⁵⁸ CEDH 3 févr. 2015, *Bayar et Gürbüz/Turquie n° 2*, §29 ; 6 oct. 2015, *Belek et Velioglu/Turquie*, § 25.

La lutte contre le terrorisme mérite, à l'évidence, mieux qu'une succession de textes désordonnés et irréfléchis votés sans analyse de fond au gré des drames que l'on n'a su éviter. La confusion des paroles et des actes est un travers révélateur de ces préoccupants errements législatifs.