

# LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET LIBERTÉ D'EXPRESSION : LE CAS DE LA RÉPRESSION DE L'APOLOGIE DU TERRORISME

François DUBUISSON

*Professeur, Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

Internet est aujourd'hui un outil largement utilisé par les groupes terroristes, qui s'en servent comme moyen de communication, comme outil de recrutement et d'entraînement, et de manière plus générale, comme vecteur de discours de propagande. L'univers numérique a donc, depuis quelques années, retenu particulièrement l'attention des organisations internationales et des Etats, dans la conception de nouveaux outils de lutte contre le terrorisme<sup>1</sup>. Cette évolution a notamment soulevé la question des limites à établir entre la lutte contre le terrorisme et le respect des droits fondamentaux<sup>2</sup>, en particulier le droit à la liberté d'expression, reconnu comme pleinement applicable dans le contexte d'Internet<sup>3</sup>. Les mesures de lutte contre le terrorisme sont admises comme limitations à l'exercice de la liberté d'expression à des fins de sécurité nationale, pour autant qu'elles soient « prévues par la loi » et s'avèrent « nécessaires dans une société démocratique », au regard du but légitime poursuivi. Cette évaluation de la nécessité de la restriction à la liberté d'expression peut se révéler particulièrement délicate dans l'application d'infractions visant à restreindre la diffusion des « discours terroristes ». Il s'agit dans ce cadre de distinguer des propos qui, tout en étant provocateurs et polémiques, demeurent dans le cadre d'un débat légitime, de ceux qui doivent être considérés comme relevant de

---

<sup>1</sup> V. notamment United Nations Office on Drugs and Crime (UNDOC), « The Use of the Internet for Terrorist Purposes », United Nations, New York, september 2012 ; OSCE, « Lutte contre l'utilisation de l'internet à des fins terroristes », Décision n° 7/06, 5 décembre 2006, MC.DEC/7/06. Voy. aussi Chawki Gaddes, « La régulation internationale d'Internet », in Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani, *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Paris, Pedone, 2002, p. 175 ; Eva Renieris, « Combating Incitement to Terrorism on the Internet : Comparative Approaches in the United States and United Kingdom and the Need for an International Solution », *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 2008-2009, pp. 673 et s. ; Megan A. Healy, « How the Legal Regimes of the European Union and the United States Approach Islamic Terrorist Web Sites: A Comparative Analysis », *Tul. L. Rev.*, 2009-2010, pp. 165 et s.

<sup>2</sup> V. notamment Frédéric Bernard, « La Cour européenne des droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme », *RTDH*, 2016, pp. 43 et s.

<sup>3</sup> Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34, Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 12 septembre 2011, CCPR/C.GC.34, par. 12 et 15 ; CEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 2012 ; CEDH, *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, décision du 19 février 2013.

l'incitation à la haine ou la violence. Dans ce domaine, la France a développé une politique pénale très stricte, dans le contexte qui a suivi les attentats contre Charlie Hebdo et l'Hypercashier (7-9 janvier 2015), puis ceux perpétrés le 13 novembre 2015. Par une circulaire du 12 janvier 2015<sup>4</sup>, la Garde des sceaux, ministre de la justice, enjoignait les parquets à « faire preuve d'une extrême réactivité dans la conduite de l'action publique » envers les auteurs de plusieurs types d'infractions, dont l'apologie du terrorisme, incriminée à l'article 421-2-5 du Code pénal. De fait, de nombreuses poursuites et condamnations pour ce délit eurent lieu dans les semaines et les mois qui suivirent, déclenchant un débat sur le caractère proportionné de cette répression. La France constitue donc un cas d'étude particulièrement emblématique concernant la question de la conciliation entre lutte contre le discours terroriste et liberté d'expression. Nous montrerons dans cette contribution que le délit d'apologie du terrorisme, tel qu'il est conçu en droit français pose des graves difficultés au regard du respect de la liberté d'expression, tant dans sa conception même que dans son application par le juge (II). En effet, les contours de l'infraction et les modalités de son application s'avèrent bien plus larges que ce que n'autorise en la matière le droit international et européen, qui a consacré en la matière une conception plus stricte de l'équilibre satisfaisant à établir entre lutte contre le terrorisme et préservation de la liberté d'expression, en limitant la portée de l'incrimination à la seule « provocation » à la commission d'actes terroristes (I).

## **I. La définition en droit européen et international d'un délit de « provocation au terrorisme » visant à concilier la répression du discours terroriste et la liberté d'expression**

Dans une résolution adoptée en septembre 2005<sup>5</sup>, le Conseil de sécurité des Nations Unies adoptait une résolution relative à la lutte contre le terrorisme par laquelle il énonçait :

« Profondément préoccupé par le fait que l'incitation à commettre des actes terroristes motivés par l'extrémisme et l'intolérance constitue un grave danger et une menace grandissante pour la jouissance des droits de l'homme, entrave le développement social et économique de tous les États et compromet la stabilité et la prospérité mondiales, et qu'il convient, pour l'Organisation des Nations Unies et pour tous les États, d'y répondre d'urgence et de façon active, et soulignant qu'il faut prendre aux niveaux national et international toutes les mesures nécessaires et appropriées conformes au droit international pour protéger le droit à la vie ».

En conséquence, il condamnait « avec la plus grande fermeté l'incitation à commettre des actes terroristes et récus[ait] toute tentative de justifier les actes terroristes ou d'en faire l'apologie, susceptible d'inciter à commettre de nouveaux actes de terrorisme ». Le Conseil appelait dès lors

« 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 :

---

<sup>4</sup> La garde des sceaux, ministre de la justice, circulaire du 12 janvier 2015, 2015/0213/A13.

<sup>5</sup> S/RES/1624 (2005).

- a) Interdire par la loi l'incitation à commettre un ou des actes terroristes ;
- b) Prévenir une telle incitation ».

L'adoption de cette résolution marquait ainsi l'attention portée par les Etats aux dangers posés par la propagation de discours de propagande terroriste, mais rappelait dans le même temps « le droit à la liberté d'expression », auquel les restrictions « doivent être expressément fixées par la loi et être nécessaires pour les raisons énoncées au paragraphe 3 de l'article 19 du Pacte »<sup>6</sup>. Une définition légale de l'interdiction de l'incitation au terrorisme prenant en considération les impératifs de la liberté d'expression a été réalisée au sein du Conseil de l'Europe par l'adoption de la Convention pour la prévention du terrorisme (A), définition qui a par la suite été considérée par les instances internationales des droits de l'homme comme étant le standard à respecter (B).

#### *A. La définition de la provocation au terrorisme dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme*

Le 16 mai 2005, le Conseil de l'Europe, adoptait la Convention pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005)<sup>7</sup>. Ce texte a prévu l'obligation d'incriminer la « provocation publique à commettre une infraction terroriste », qui se définit comme suit : « la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises ».

Au moment de l'élaboration du texte de la convention, la notion de « provocation directe à la commission d'infractions terroristes » n'a pas soulevé de difficultés, mais l'insertion de la notion plus floue de « provocation indirecte » a suscité de nombreuses discussions quant à ses contours précis et quant au risque d'interférence exagérée dans l'exercice de la liberté d'expression<sup>8</sup>. Selon le Rapport explicatif, « l'incrimination de la provocation indirecte vise à combler les lacunes existantes en droit international ou dans l'action internationale, en ajoutant des dispositions dans ce domaine<sup>9</sup> ». Saisi du projet de Convention, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait exprimé des craintes sur les risques présentés par la disposition relative à la provocation indirecte au terrorisme pour la liberté d'expression : « si cet article était incorporé sous sa forme actuelle dans l'ordre juridique interne des États Parties il sera

---

<sup>6</sup> *Ibidem*. V. également la résolution 2354, adoptée le 24 mai 2017, S/RES/2354 (2017).

<sup>7</sup> Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, adoptée le 16 mai 2005, STCE n° 196, <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/196.htm>>. Au 1er septembre 2016, 36 États parties dont la France.

<sup>8</sup> Sur cette question, v. François Dubuisson, « Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression », in SFDI, *Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014, pp. 114 et s.

<sup>9</sup> Rapport explicatif pour la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, § 97, <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/196.htm>>.

particulièrement malaisé de prévoir dans quelles circonstances le message sera considéré comme une provocation publique à la commission d'un acte de terrorisme et dans quelles autres il constituera un exercice légitime d'un droit à exprimer librement une idée ou une critique<sup>10</sup> ». Le Commissaire avait alors demandé au comité de rédaction de réaliser « un effort supplémentaire pour parvenir à une formulation qui garantisse une plus grande précision juridique et pour éviter que tombe sous le coup de la loi l'expressions d'idées, de critiques politiques ou des points de vue controversés ou choquants qui doivent rester légitimes dans une société démocratique »<sup>11</sup>. Il a été répondu à cette demande en insérant explicitement dans le texte de l'article 5 le critère de « l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste », ainsi que l'exigence du constat d'un « danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises ». La notion de « provocation indirecte » est dès lors strictement encadrée, afin d'éviter qu'elle ne puisse couvrir de manière trop large tous types de propos provocateurs relatifs à des faits terroristes et porter ainsi atteinte à la liberté d'expression. C'est ce que souligne expressément le Rapport explicatif de la convention :

« Toutefois, cet article ne s'applique que si deux conditions sont réunies. En premier lieu, il doit y avoir une intention expresse d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, critère auquel s'ajoutent ceux énoncés au paragraphe 2, à savoir que la provocation doit être commise illégalement et intentionnellement. Deuxièmement, l'acte considéré doit créer un risque de commission d'une infraction terroriste. Pour évaluer si un tel risque est engendré, il faut prendre en considération la nature de l'auteur et du destinataire du message, ainsi que le contexte dans lequel l'infraction est commise, dans le sens établi par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. L'aspect significatif et la nature crédible du risque devraient être pris en considération lorsque cette disposition est appliquée, conformément aux conditions établies par le droit interne ».

L'infraction de « provocation » au terrorisme, qu'elle soit directe ou indirecte, se concentre donc en définitive sur la volonté qui anime l'auteur du discours litigieux de préconiser la perpétration effective d'infractions terroristes, une telle perpétration devant apparaître plausible et crédible<sup>12</sup>.

En 2008, lorsqu'il s'est agi de transposer dans le droit de l'Union européenne le contenu de la convention du conseil de l'Europe, un texte quasi-identique a été repris dans la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme<sup>13</sup>, en son article 3 :

« Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par :

a) "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 1er, paragraphe 1, points a) à h), lorsqu'un tel

---

<sup>10</sup> Avis du Commissaire aux droits de l'homme, Alvaro Gil-Robles, sur le projet de convention pour la prévention du terrorisme, § 28, CommDH(2005)1, 2 février 2005, <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=979807&Site=COE>>.

<sup>11</sup> *Ibid.*, §. 29.

<sup>12</sup> Rapport explicatif, *op. cit.*, par. 96.

<sup>13</sup> Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, article 3, *J.O.*, L 330/21, 9 décembre 2008. V. M.A. Healy, *op. cit.*, pp. 175-179.

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 ».

Le considérant 14 de la décision-cadre précise encore 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 ».

Et la proposition de directive européenne relative à la lutte contre le terrorisme, qui est appelée à remplacer la décision-cadre, retient en substance des critères identiques, en son article 5<sup>14</sup>. Les éléments définitionnels établis par la Convention du Conseil de l'Europe ont ainsi été considérés comme établissant le standard de conciliation avec la liberté d'expression, ce qui a été confirmé par divers travaux menés au sein d'instances internationales des droits de l'homme.

#### *B. La définition européenne de la provocation au terrorisme comme standard international pour assurer le respect de la liberté d'expression*

Les critères définitionnels de l'infraction de provocation au terrorisme tels que définis en droit européen ont été considérés par diverses instances internationales des droits de l'homme comme établissant le standard à suivre pour parvenir à une conciliation satisfaisante avec le respect de la liberté d'expression. C'est ce qu'a ainsi énoncé le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Martin Scheinin, dans un rapport rendu en 2006 :

« [The Rapporteur] expresses his view that article 5 of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism represents a best practice in defining the proscription of the incitement to terrorism. Although this is a regional instrument, the proscription in article 5 was the result of careful negotiation. [...] The three elements of the offence under article 5 are properly confined to: an act of communication ; a subjective intention on the part of the person to incite terrorism ; and an additional objective danger that the person's conduct will incite terrorism. The latter objective requirement separates the incitement to terrorism from more vague notions such as "glorification" of terrorism. In the view of the Special Rapporteur, article 5 of the European Convention is compliant with articles 15, 19 and 20 (2) of the International Covenant on Civil and Political Rights. It is sufficiently precise, confined to the countering of terrorism, and is non-discriminatory and non-retroactive. It contains additional safeguards by requiring parties to establish the public provocation to commit a terrorist offence as a criminal offence, when committed unlawfully and intentionally »<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, 2 décembre 2015, COM(2015) 625 final ; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism - Outcome of the final trilogue with a view to agreement, 17 November 2016, 14673/16.

<sup>15</sup> Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Martin Scheinin, A/HRC/4/26/Add.3 14 décembre 2006, par. 26-27.

Dans un sens analogue, tout recours à des notions floues pour viser l'incrimination de discours relatifs au terrorisme a été sévèrement critiqué par les Rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression de plusieurs organisations internationales, dans une déclaration conjointe publiée en 2008 :

« The criminalisation of speech relating to terrorism should be restricted to instances of intentional incitement to terrorism, understood as a direct call to engage in terrorism which is directly responsible for increasing the likelihood of a terrorist act occurring, or to actual participation in terrorist acts (for example by directing them). Vague notions such as providing communications support to terrorism or extremism, the 'glorification' or 'promotion' of terrorism or extremism, and the mere repetition of statements by terrorists, which does not itself constitute incitement, should not be criminalised<sup>16</sup> ».

C'est encore le même type de position qu'a adopté le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, Frank LaRue, dans son rapport de 2011, insistant sur les conditions strictes qui doivent entourer la répression de l'incitation au terrorisme :

« Le Rapporteur spécial craint, étant donné, en particulier, l'absence de définition du "terrorisme" en droit international, que les États ne disposent d'une vaste marge d'appréciation importante pour déterminer les types d'expression qui constituent une incitation au terrorisme. [...] Le Rapporteur spécial réitère que toute législation pénale nationale interdisant l'incitation au terrorisme doit être jugée à l'aune des trois critères applicables aux restrictions du droit à la liberté d'expression. De ce fait, l'infraction d'incitation au terrorisme : a) doit être limitée à l'incitation à un comportement qui est véritablement de nature terroriste, tel que dûment défini ; b) ne doit pas limiter la liberté d'expression plus que ce qui est nécessaire à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre et de la sécurité publics ou de la santé ou de la moralité publiques ; c) doit être interdite par la loi en termes précis, notamment en évitant l'emploi d'expressions vagues telles que « glorification » ou « promotion » du terrorisme ; d) doit comporter un risque réel (objectif) que l'acte préconisé par l'incitation sera commis ; e) devrait faire référence expressément à deux éléments intentionnels, à savoir l'intention de communiquer un message et l'intention que ce message incite à la commission d'un acte terroriste ; et f) devrait préserver l'application des moyens ou principes de défense conduisant à l'exclusion de la responsabilité pénale en renvoyant à l'incitation "illégal" au terrorisme »<sup>17</sup>.

La prudence avec laquelle il convient de définir toute infraction d'incitation au terrorisme a encore été soulignée par le Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1373 (2001) concernant la lutte antiterroriste, dans son rapport relatif au « cadre international global de lutte contre la propagande terroriste », rendu en avril 2017 :

« Il convient de rappeler que, concernant l'ensemble des mesures prises pour prévenir et combattre l'incitation à commettre des actes terroristes, il importe d'établir une

---

<sup>16</sup> Joint declaration on defamation of religions and anti-terrorism and anti-extremism legislation, The UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR (African Commission on Human and Peoples' Rights) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 9 December 2008. Voy. également le Rapport du Secrétaire général, « La protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », A/63/337, 28 août 2008, par. 61 : « L'incitation est à distinguer de l'apologie. La première peut être juridiquement interdite, pas la seconde ».

<sup>17</sup> Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, Frank La Rue, 16 mai 2011, A/HRC.17/27, par. 33-34.

distinction entre les communications susceptibles de constituer une infraction pénale et celles qui, tout en étant moralement abjectes, n'entrent pas dans cette catégorie. [...] Les mesures de répression sont très certainement appropriées dans les cas d'incitation constituant une infraction pénale, mais la ligne entre les communications licites et illicites est parfois ténue. [...] Dans le cadre de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, la prise de mesures efficaces en la matière et la protection des libertés fondamentales ne sont pas des objectifs contradictoires mais bien complémentaires et synergiques »<sup>18</sup>.

On peut ainsi conclure qu'il existe un certain consensus, tant sur le plan européen que sur le plan international, quant aux précautions qui doivent entourer l'incrimination de la provocation au terrorisme<sup>19</sup>. Il ressort ainsi des textes et des rapports qui ont été mentionnés que les conditions énoncées dans les dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe et de la décision-cadre de l'UE constituent des garanties permettant le respect de la liberté d'expression et qu'il n'est donc pas autorisé d'étendre l'incrimination à des discours ne correspondant pas à ces conditions, c'est à dire ne traduisant pas l'intention de son auteur d'inciter à la perpétration de faits terroristes ou ne risquant pas de provoquer la commission de tels faits<sup>20</sup>. Lorsque l'on se tourne vers le cas de la France, force est de constater que ces garanties ne sont pas reprises dans la législation pas plus qu'elles ne sont appliquées par le juge.

## **II. Le délit d'apologie du terrorisme en droit français : une absence de prise en considération des exigences liées à la liberté d'expression**

Depuis l'adoption de la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme<sup>21</sup>, l'apologie du terrorisme est visée par l'article 421-2-5 du Code pénal, qui se lit comme suit :

« 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.

---

<sup>18</sup> Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1373 (2001) concernant la lutte antiterroriste, « Cadre international global de lutte contre la propagande terroriste », S/2017/375, 26 avril 2017, § 4. V. également Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1373 (2001) concernant la lutte antiterroriste, « Évaluation de la mise en œuvre au niveau mondial par les États Membres de la résolution 1624 (2005) du Conseil de sécurité », S/2016/50, 28 janvier 2016, § 11.

<sup>19</sup> Un aperçu de la pratique législative des États est donné par le Rapport du Comité contre le terrorisme au Conseil de sécurité sur l'application de la résolution 1624 (2005), qui note que « dans la plupart des cas, l'incitation ne peut engager la responsabilité pénale que s'il y a manifestation de l'intention de voir les propos de l'auteur déboucher sur la commission ou la tentative de commission d'un acte ou d'actes de terrorisme », tout en observant que quelques États incriminent l'apologie, selon des critères variables, exigeant le cas échéant « la preuve d'un lien entre l'apologie alléguée et la commission de nouveaux actes de terrorisme » (S/2006/737, 15 septembre 2006, par. 8 et 11).

<sup>20</sup> V. Eric De Brabandere, « The Regulation of Incitement to Terrorism in International Law », in Ludovic Hennebel et Hélène Tigroudja (dir.), *Balancing Liberty and Security: The Human Rights Pendulum*, Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 221-240.

<sup>21</sup> Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

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 ».

La loi du 13 novembre 2014 a repris la substance de l'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour l'intégrer dans le titre du Code pénal relatif aux infractions terroristes, en prévoyant une peine aggravée lorsque le discours est diffusé sur Internet. L'objectif de la loi était de sortir le délit d'apologie du terrorisme du régime préférentiel du droit de la presse, pour le soumettre au régime de droit commun, applicable aux infractions terroristes<sup>22</sup>. Dans les lignes qui suivent, nous montrerons que les contours de la notion d' « apologie des actes de terrorisme » tel qu'elle est définie en droit pénal français s'avèrent largement dépasser les critères établis en droit européen et international pour concilier la répression de l'incitation au terrorisme avec la liberté d'expression (A). Dans l'application qui en a été faite par le juge, les impératifs de la liberté d'expression n'ont pas davantage été pris en considération (B). Il s'ensuit que le délit d'apologie du terrorisme soulève de graves problèmes de compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte relatif aux droits civils et politiques.

*A. L'absence de prise en considération des exigences de la liberté d'expression dans la définition du délit d'apologie du terrorisme*

L'article 421-2-5 du Code pénal, tout comme son prédécesseur l'article 24 al. 6 de la loi de 1881, vise deux notions voisines mais distinctes : d'une part la « provocation directe » à des actes terroristes, d'autre part « l'apologie » de ces actes. On remarque d'emblée que cette distinction ne correspond pas formellement au prescrit de l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe ou de l'article 3 de la décision-cadre de l'UE, qui mentionnent uniquement la « provocation », qu'elle soit directe ou indirecte. Dans son sens courant, l'apologie consiste à faire l'éloge, à glorifier ou justifier une personne ou une action. En utilisant un terme spécifique pour couvrir des propos qui demeurent incriminés tout en ne relevant pas de la « provocation directe », le législateur français semble donc avoir opté pour une conception susceptible d'englober des discours qui dépassent ceux qui consistent uniquement à « provoquer », même indirectement, à la commission d'actes terroristes. Cette interprétation lexicale trouve confirmation dans la circulaire adoptée par la Garde des sceaux le 12 janvier 2015, qui définit l'apologie comme le fait de « présenter ou commenter des actes de terrorisme en portant sur eux un jugement favorable », tandis que la provocation vise « une incitation directe, non seulement par son esprit mais également par ses termes à commettre des faits matériellement déterminés »<sup>23</sup>. La notion d'apologie permet dès lors une interprétation beaucoup plus ouverte de ce qui constitue un discours incriminé, le critère étant celui

---

<sup>22</sup> Assemblée nationale, Projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, n° 2110, déposé le 9 juillet 2014, Exposé des motifs.

<sup>23</sup> Circulaire du 12 janvier 2015, précitée.

du caractère « favorable » de celui-ci envers des actes terroristes. Il faut souligner à cet égard que la définition de l'infraction ne comporte aucune exigence relative à l'intention de l'auteur du discours, ni aux effets possibles des propos sur le risque de commission d'actes terroristes<sup>24</sup>. Il s'agit là d'une autre différence essentielle avec les textes de droit européen, qui ont encadré le délit de « provocation au terrorisme » de conditions relatives à l'intention d'encourager à la perpétration d'actes terroristes et aux effets potentiels du message diffusé. Comme nous l'avons vu, ces conditions ont été considérées, tant au plan européen qu'international, comme des garanties essentielles à la préservation de la liberté d'expression.

Compte tenu de ces différences fondamentales et évidentes entre le texte pénal français et les dispositions européennes, il est pour le moins surprenant que lors du processus d'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe, le législateur français ait considéré que son droit interne était « déjà conforme aux exigences de la Convention » et qu'aucune modification de l'article 24 alinéa 6 de la loi de 1881 sur la presse, qui était en vigueur à l'époque, n'était dès lors nécessaire<sup>25</sup>. Dans d'autres Etats européens, pourtant, il a été considéré essentiel, lors de la transposition en droit national de la Convention et de la décision-cadre de l'UE, de se limiter à reprendre la notion de « provocation » et de reprendre intégralement les deux conditions énoncées dans ces textes. Par exemple, le législateur belge a souligné à cet égard :

« Il est indispensable de préciser que l'incrimination de la provocation publique à commettre des actes de terrorisme ne peut pas aboutir à la répression d'actes n'ayant aucun rapport avec le terrorisme et risquant de porter atteinte à la liberté d'expression.

C'est pourquoi, il est important de souligner que cette incrimination ne doit viser que la situation dans laquelle des indices sérieux indiquent qu'il existe un risque qu'une infraction terroriste soit commise. L'existence d'indices sérieux relève de l'appréciation du juge qui, conformément au droit commun de la procédure pénale, décidera si ces indices aboutissent à son intime conviction [...].

Il est à observer que la commission de cette incrimination requiert un dol spécial, comme le précise l'usage des termes « avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste »<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Voy. Vincent Brengarth, « L'apologie et la provocation au terrorisme dans le Code pénal : étude critique et premier bilan », *La Semaine Juridique*, Ed. G., 21 Septembre 2015, n° 39, pp. 1688 et s.

<sup>25</sup> Sénat, Rapport n° 125 (2007-2008) de M. André Rouvière, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 12 décembre 2007 (annexe I, étude d'impact) ; Assemblée nationale, Rapport de M. Jean-Marc Roubaud fait au nom de la commission des Affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification d'une convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, n° 580, 15 janvier 2008.

<sup>26</sup> Chambre, Projet de loi modifiant le titre Ier *ter* du Code pénal, Exposé des motifs, Doc 53, 2502/001, 13 novembre 2012, pp. 12-13. Il est d'autant plus surprenant que la Belgique ait finalement choisi, par une loi du 3 août 2016, de supprimer du texte pénal la condition relative au risque de commission d'une infraction terroriste. Interrogé sur la compatibilité de cette modification avec le droit européen, le ministre belge de la Justice a eu cette réponse surprenante : « Le ministre confirme que la limitation de la condition relative au risque d'une infraction terroriste découle de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme. Cette limitation n'est toutefois pas obligatoire: les États membres peuvent l'appliquer, mais ils n'y sont pas tenus ». Le ministre a toutefois souligné que « ce qui importe, c'est que l'intéressé avait l'intention d'inciter au terrorisme » (Ch., Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme (III), Rapport fait au nom de la Commission temporaire « lutte contre le terrorisme » par M. Peter Buysrogge, DOC 54 1951/003, 18 juillet 2016, p. 16.

Au final, la France a donc choisi de conserver tel quel le délit d'apologie du terrorisme. Comme l'explique la circulaire ministérielle du 12 janvier 2015, ce délit ne requiert aucun élément intentionnel particulier, ni n'exige que le discours litigieux entraîne des risques concrets de commission d'actes terroristes. Or, comme nous l'avons vu, ces deux conditions sont énoncées par les textes européens, et ont été considérées comme essentielles par les instances internationales et régionales des droits de l'homme, afin d'éviter les restrictions exagérées à la liberté d'expression. Il aurait donc été possible pour le juge de pallier les carences du législateur et d'interpréter la notion d'apologie de manière restrictive, en vue de rendre conforme sa répression aux exigences de la liberté d'expression. Dans le point suivant, nous verrons toutefois que l'application qui a été faite de la notion d'apologie du terrorisme a procédé d'une conception très large, qui pose de graves problèmes de compatibilité avec le droit à la liberté d'expression.

*B. L'absence de prise en considération des exigences de la liberté d'expression dans l'application du délit d'apologie du terrorisme*

Le législateur français ayant retenu, à côté de l'infraction de provocation directe à la commission d'actes terroristes, un délit d'apologie du terrorisme susceptible de revêtir potentiellement une portée très large, c'est au juge qu'il revenait d'interpréter cette notion afin de le rendre compatible avec le droit à la liberté d'expression, en prenant notamment en considération les implications de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 et de la décision-cadre de l'UE de 2008, ainsi que les travaux des organes régionaux et internationaux des droits de l'homme. On remarque toutefois que le juge français a très largement ignoré ces éléments précis, se contentant de références très générales à l'admissibilité de limitations à la liberté d'expression, et retenant une portée extensive de la notion d'apologie du terrorisme, sans se préoccuper ni de l'intention de l'auteur du message ni des effets potentiels des propos tenus. Quatre affaires emblématiques permettent d'illustrer ce constat<sup>27</sup>. Elles ont pour point commun de porter sur des discours tenus à propos d'événements terroristes précis, ayant une teneur très polémique mais ne révélant pas dans le chef de leurs auteurs d'intention manifeste d'inciter à la répétition d'actes terroristes.

La première affaire vise une caricature publiée dans un hebdomadaire basque au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 visant les tours du World Trade Center et le Pentagone. Le dessin représentait quatre immeubles s'effondrant avoir été percutés par deux avions, accompagné d'une légende pastichant un slogan publicitaire de la marque Sony, « Nous en avions tous rêvé... le Hamas l'a fait ». Le dessinateur et le directeur du journal furent poursuivis pour apologie du terrorisme.

---

<sup>27</sup> V. aussi la décision, non publiée, rendue par le Tribunal correctionnel de Dijon en juillet 2016, condamnant un jeune homme pour avoir nommé son accès wifi « Daesh 21 » (*Next Inpact*, « Wi-Fi « Daesh 21 » : un jeune condamné pour apologie du terrorisme », 4 novembre 2016, <<https://www.nextinpact.com/news/102007-wi-fi-daesh-21-jeune-condamne-pour-apologie-terrorisme-reaction-son-avocate.htm>>).

Ils furent condamnés de ce chef en première instance et en appel. La Cour d'appel de Pau a estimé, dans un arrêt du 22 septembre 2002, que le dessin litigieux caractérisait une apologie du terrorisme, condamnée aux termes de l'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse :

« Si les prévenus émettent des regrets sur l'opportunité de la publication, ils expliquent leur choix en s'attachant à la symbolique liée à l'effondrement d'un fleuron du capitalisme américain et non par la volonté d'attenter à la mémoire des victimes et à la douleur de leur famille. Toutefois, l'appréciation des motivations personnelles est étrangère à la poursuite. [...]

En effet, en faisant une allusion directe aux attaques massives dont Manhattan a été le théâtre, en attribuant ces événements à une organisation terroriste notoire, et en idéalisant ce funeste projet par l'utilisation du verbe rêver, donnant une valorisation non équivoque à un acte de mort, le dessinateur justifie le recours au terrorisme, adhérant par l'emploi de la première personne du pluriel (« Nous ») à ce moyen de destruction, présenté comme l'aboutissement d'un rêve et en encourageant en définitive indirectement le lecteur potentiel à apprécier de façon positive la réussite d'un fait criminel.

Ainsi sont revendiqués en forme d'apologie l'efficacité du mode terroriste et le caractère bénéfique de ses effets »<sup>28</sup>.

Saisie d'une requête mettant en cause la compatibilité de cette condamnation avec le droit à la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 8 octobre 2008 un arrêt rejetant la demande (*Leroy c. France*<sup>29</sup>), à la suite d'un raisonnement extrêmement discutable, qui ignore totalement l'apport de la Convention pour la prévention du terrorisme et les débats qui ont entouré son adoption. La Cour a en effet estimé que la limitation apportée à la liberté d'expression du requérant était justifiée par défense de la sûreté publique et que la condamnation était proportionnée à la poursuite de cet objectif :

« La Cour note que le dessin montrant la destruction des tours accompagné de la légende " nous en avions tous rêvé, le Hamas l'a fait", pastichant un slogan publicitaire d'une grande marque, a été considéré par les juridictions nationales comme constitutif de complicité d'apologie du terrorisme. Selon les autorités, même non suivie d'effet, la publication litigieuse revendique l'efficacité de l'acte terroriste en idéalisant les attentats perpétrés le 11 septembre. Ainsi, la cour d'appel a jugé " qu'en faisant une allusion directe aux attaques massives dont Manhattan a été le théâtre, en attribuant ces événements à une organisation terroriste notoire, et en idéalisant ce funeste projet par l'utilisation du verbe rêver, donnant une valorisation non équivoque à un acte de mort, le dessinateur justifie le recours au terrorisme, adhérant par l'emploi de la première personne du pluriel ("nous" à ce moyen) de destruction, présenté comme l'aboutissement d'un rêve et en encourageant indirectement en définitive le lecteur potentiel à apprécier de façon positive la réussite d'un fait criminel". Le requérant reproche à la cour d'appel d'avoir nié sa véritable intention, qui relevait de l'expression politique et militante, celle d'afficher son antiaméricanisme à travers une image satirique et d'illustrer le déclin de l'impérialisme américain. Selon lui, les éléments constitutifs de l'apologie du terrorisme n'étaient pas réunis en l'espèce pour justifier une restriction à la liberté d'expression.

La Cour ne partage pas l'analyse du requérant. Elle estime au contraire que le critère mis en œuvre par la cour d'appel de Pau pour juger du caractère apologétique du message délivré par le requérant est compatible avec l'article 10 de la Convention. Certes, l'image des quatre immeubles de grande hauteur qui s'effondrent dans un nuage de poussière peut en soi

---

<sup>28</sup> Pau, 22 septembre 2002, cité in CEDH, *Leroy c. France*, arrêt du 2 octobre 2008, § 14.

<sup>29</sup> CEDH, *Leroy c. France*, arrêt du 2 octobre 2008.

démontrer l'intention de l'auteur. Mais vue ensemble avec le texte qui l'accompagne, l'œuvre ne critique pas l'impérialisme américain, mais soutient et glorifie sa destruction par la violence. À cet égard, la Cour se base sur la légende accompagnant le dessin et constate que le requérant exprime son appui et sa solidarité morale avec les auteurs présumés par lui de l'attentat du 11 septembre 2001. De par les termes employés, le requérant juge favorablement la violence perpétrée à l'encontre des milliers de civils et porte atteinte à la dignité des victimes. *La Cour approuve l'avis de la cour d'appel selon laquelle "les intentions du requérant étaient étrangères à la poursuite"* ; celles-ci n'ont d'ailleurs été exprimées que postérieurement et n'étaient pas de nature, au vu du contexte, à effacer l'appréciation positive des effets d'un acte criminel. Elle relève à cet égard que la provocation n'a pas à être nécessairement suivie d'effet pour constituer une infraction (voir, paragraphe 14 ci-dessus ; voir également le paragraphe 19, et particulièrement l'article 8 de la Convention pour la prévention du terrorisme) »<sup>30</sup>.

Le raisonnement de la Cour laisse dubitatif dans la mesure où il entre en opposition directe avec le texte de la Convention pour la prévention du terrorisme, auquel elle se réfère pourtant au titre des « textes et travaux du Conseil de l'Europe », en mentionnant plus particulièrement l'article 5 de la Convention et le Rapport explicatif y afférant<sup>31</sup>. Bien que la Convention ne fût pas en vigueur à l'égard de la France au moment des faits, ce texte et les discussions l'ayant entouré auraient dû être pris en compte comme éléments révélant la manière dont se fixait le consensus européen dans la détermination des critères de conciliation entre lutte contre le terrorisme et liberté d'expression. La Cour n'a d'ailleurs pas manqué de se référer à l'article 8 de la Convention dans son raisonnement pour justifier le fait que la répression de l'apologie du terrorisme n'exige pas qu'elle soit effectivement suivie d'effet, mais elle a curieusement omis de s'y référer pour examiner si d'autres conditions devaient encadrer l'incrimination de l'apologie. La Cour a ainsi adopté une position allant expressément à l'encontre des exigences posées par l'article 5 de la Convention à l'incrimination de la « provocation indirecte » au terrorisme. Dans le passage cité, elle approuve l'opinion du juge français selon laquelle l'intention de l'auteur du dessin est étrangère à l'établissement de l'infraction. Or, comme nous l'avons vu, l'exigence de l'intention a été expressément insérée dans le prescrit de l'article 5, condition soulignée par le Rapport explicatif dans un passage pourtant repris dans l'arrêt, au paragraphe 20 : « Toutefois, cet article ne s'applique que si deux conditions sont réunies. En premier lieu, il doit y avoir une intention expresse d'inciter à la commission d'une infraction terroriste<sup>32</sup> ». On ne peut donc qu'être surpris que la Chambre de la Cour ait choisi d'écarter toute preuve d'intention d'inciter à commettre un fait de terrorisme. En l'espèce, l'auteur de la caricature s'était expliqué sur le sens à donner à son dessin, et si son propos était quelque peu confus, il pouvait difficilement en être déduit une « intention expresse » d'encourager à commettre des actes terroristes :

« Un mauvais dessin nécessite une explication pour sa compréhension et il est évident que j'en dois quelques-unes à propos de celui paru dans *Ekaitza* la semaine passée. Quand j'ai fait ce dessin, dans l'heure qui suivit les attentats contre le World Trade Center et le Pentagone, j'ai

<sup>30</sup> *Ibid.*, §§ 42-43 (nous soulignons).

<sup>31</sup> *Ibid.*, §§ 19-20.

<sup>32</sup> Rapport explicatif, précité, § 99, cité au § 20 de l'arrêt de la Chambre.

voulu illustrer la chute de symboles et je n'ai pas pris en compte la douleur humaine, ni envisagé les répercussions à venir. De plus, le texte a gêné certains lecteurs du journal qui se sont sentis englobés dans le « nous », quand je voulais parodier une publicité : "vous en avez rêvé, Sony l'a fait" »<sup>33</sup>.

Enfin, la Cour n'a pas pris en considération la seconde condition à l'application de l'article 5, à savoir le « risque de commission d'une infraction terroriste », rappelée également par le Rapport explicatif<sup>34</sup>. En l'espèce, si le message véhiculé par la caricature avait de quoi choquer, rien ne permettait de penser qu'il engendrait un risque particulier que des actes terroristes soient perpétrés. Tout au plus, le dessin avait suscité un abondant courrier de lecteurs, et on perçoit difficilement ce que vise concrètement la Cour lorsqu'elle relève que ces « réactions » pouvaient « attiser la violence », « démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région » [le pays basque]<sup>35</sup>. Ces éléments très diffus ne paraissent pas correspondre au « risque de commission d'une infraction terroriste » exigé par l'article 5 de la Convention.

La Cour ajoute encore à la confusion lorsqu'elle examine la question de l'application de l'article 17, qui permet de déclarer irrecevable une requête fondée sur un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention. Elle conclut que cette disposition est inapplicable en l'espèce, car le dessin ne relève pas de propos dirigés contre les valeurs consacrées par la Convention :

« La Cour est d'avis que l'expression litigieuse ne rentre pas dans le champ d'application des publications qui se verraient soustraites par l'article 17 de la Convention à la protection de l'article 10. D'une part, publiée sous la forme humoristique certes controversée d'une caricature, le message de fond visé par le requérant - la destruction de l'impérialisme américain - ne vise pas la négation de droits fondamentaux et n'a pas d'égal avec des propos dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention tels que le racisme, l'antisémitisme ou l'islamophobie. D'autre part, nonobstant la qualification d'apologie de terrorisme retenue par les juridictions nationales, la Cour est d'avis que le dessin litigieux et le commentaire qui l'accompagne ne constituent pas une justification à ce point non équivoque de l'acte terroriste qui les feraient échapper à la protection garantie par l'article 10 de la liberté de la presse ».

La Cour considère donc que la caricature concernée n'est pas « une justification non équivoque » d'actes de terrorisme, ce qui en toute logique et *a fortiori* devrait la faire sortir des prévisions de l'infraction telle qu'elle a été conçue à l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe. En définitive, la décision rendue dans l'affaire *Leroy c. France* ne paraît pas devoir faire jurisprudence quant à la définition des critères pertinents pour déterminer les limitations proportionnées à la liberté d'expression à des fins de lutte contre le discours terroriste et l'admissibilité à cet égard d'une conception large du délit d'apologie du terrorisme. En effet, l'arrêt souffre, comme nous l'avons montré, de nombreuses faiblesses de raisonnement<sup>36</sup> et a ignoré l'arbitrage qui avait été réalisé dans le texte de la Convention du Conseil de l'Europe.

---

<sup>33</sup> CEDH, *Leroy c. France*, précité, par. 10.

<sup>34</sup> Rapport explicatif, précité, par. 100.

<sup>35</sup> CEDH, *Leroy c. France*, précité, par. 45.

<sup>36</sup> V. également Andrew Dyer, « Freedom of Expression and the Advocacy of Violence: Which Test Should the European Court of Human Rights Adopt ? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015, pp. 78 et s.

Maintenant que cette convention est pleinement entrée en vigueur et a vu son contenu repris par la décision-cadre de l'UE et approuvé par de nombreuses instances des droits de l'homme, il devient d'autant plus difficile de défendre une conception plus large de l'incrimination du discours tenu à propos d'actes terroristes. Il s'agit en outre d'une décision de chambre, restée jusqu'ici isolée, la Cour retenant généralement dans le reste de sa jurisprudence le caractère d'incitation à la violence ou à la haine du discours litigieux, de même que le risque qu'il favorise le recours à la violence dans un contexte donné, pour évaluer la nécessité de sa répression<sup>37</sup>. Ces éléments permettent de penser qu'une autre voie serait probablement prise par la Cour aujourd'hui, dans un cas similaire<sup>38</sup>. Il n'empêche que le signal donné par la décision *Leroy c. France* n'a pas été pour encourager la France à réviser sa législation lors de la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe, et que la jurisprudence nationale a pu poursuivre dans la voie tracée par l'affaire *Leroy*, comme le montrent trois affaires récentes.

Dans une première espèce, un enfant de trois ans, prénommé Jihad, avait été envoyé en septembre 2012 à l'école par ses parents portant un t-shirt comportant sur le dos l'inscription « Jihad, né le 11 septembre » et à l'avant, « Je suis une bombe ». Le t-shirt était néanmoins recouvert d'un pull et c'est en rhabillant l'enfant aux toilettes que la directrice de l'école avait découvert le message litigieux. Elle en avait informé les autorités de la mairie qui ont saisi les autorités judiciaires. Celles-ci ont entamé des poursuites contre la mère et l'oncle du jeune garçon, sous le chef d'apologie de crime<sup>39</sup>. En première instance, les prévenus ont été acquittés, mais ils furent condamnés par la suite, par un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 20 septembre 2013<sup>40</sup>. La Cour a considéré que les éléments constitutifs de l'apologie publique de crime étaient bien réunis :

« Que les mentions inscrites sur le tee-shirt, à savoir sur la poitrine : “je suis une bombe”, et dans le dos : “Z..., né le 11 septembre”, ne sauraient être dissociées, apparaissant sur un même et unique support, soit les deux faces du vêtement ; que l'association des termes bombe, Jihad et 11 septembre, renvoie immanquablement à l'événement tragique du 11 septembre 2001 qui a coûté la vie à des milliers de personnes ; qu'aucune personne de culture occidentale ou orientale ne peut se tromper sur la symbolique attachée à cet attentat, acte fondateur du mouvement jihadiste ; qu'ainsi, certains attributs de l'enfant (son prénom, jour et mois de naissance) et l'usage du terme bombe, dont on ne peut raisonnablement prétendre qu'il renvoie à la beauté du garçonnet, sont magnifiés à travers la tournure de phrase, l'emploi de la première personne du singulier et du verbe être, et servent en réalité de prétexte pour valoriser, sans

---

<sup>37</sup> V. notamment CEDH, *Gözel et Özer c. Turquie*, arrêt du 6 juillet 2010. V. également CODEXTER, « Recueil de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'apologie du terrorisme (2004-2008) », Conseil de l'Europe, 27 mars 2008, CODEXTER (2008) 15 ; DYER, A., *op. cit.*

<sup>38</sup> Dans l'affaire *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, la Cour a constaté que « le souci de condamner au plan international l'apologie du terrorisme » s'était traduite au niveau européen par l'adoption de l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme prévoyant l'incrimination de la « provocation publique à commettre une infraction terroriste ». Cette corrélation faite entre condamnation de l'apologie du terrorisme et le texte de l'article 5 n'a toutefois pas donné lieu, pour les besoins de l'espèce, à des développements plus précis (arrêt du 30 juin 2009, § 90).

<sup>39</sup> Pour des raisons qui n'ont pas été explicitées, c'est la qualification de “apologie de crime” qui a été retenue plutôt que celle d’ “apologie du terrorisme”. Cela ne modifie toutefois pas le raisonnement relatif aux éléments constitutifs de l'infraction, ceux-ci étant les mêmes pour les deux préventions.

<sup>40</sup> Nîmes, 20 septembre 2013, RG n° 13/00687.

aucune équivoque, et à travers l'association délibérée des termes renvoyant à la violence de masse, des atteintes volontaires à la vie ; que l'absence de mention, sur le tee-shirt, de l'année de naissance de l'enfant, constitue un élément fondamental de la caractérisation du délit ; que, par ailleurs, le délit d'apologie est caractérisé lorsque le recul du temps sur l'événement dont tout un chacun a pris la mesure, prive la démarche de toute spontanéité ; que tel est bien le cas en l'espèce, compte tenu du temps écoulé depuis l'événement du 11 septembre ; que les inscriptions litigieuses ne traduisent pas une réaction spontanée des deux prévenus mais bien plutôt une action mûrement réfléchie et préméditée ; qu'en effet M. X..., oncle du petit Z..., a reconnu avoir commandé le tee-shirt, avoir lui-même choisi et fait floquer les inscriptions litigieuses, l'avoir offert à son neveu et avoir demandé à sa mère de le faire porter à son fils pour aller à l'école ; que les deux prévenus ont admis avoir eu une discussion avant de prendre cette décision conjointe, ce qui atteste de la parfaite conscience qu'ils avaient du caractère choquant des mentions ; qu'ils ont, devant la cour, déclaré avoir voulu faire une plaisanterie ; que cependant, la mort d'autrui ne saurait être sujet de plaisanterie, d'autant plus qu'en l'état il s'agit d'une référence évidente à un meurtre de masse qui a provoqué la mort de près de trois mille personnes ; que l'achat d'un tee-shirt dans une boutique, le contenu des mentions qui y ont été volontairement inscrites, la parfaite conscience de faire volontairement porter ce vêtement par un enfant de trois ans dans un lieu public et qui, de plus, est une enceinte scolaire, lieu de transmission du savoir et des valeurs républicaines, traduisent à l'évidence l'intention délibérée des prévenus de valoriser des actes criminels d'atteintes volontaires à la vie, de présenter favorablement un procédé de violence perpétré à l'encontre de milliers de civils, procédé valorisé encore par la référence à une naissance qui sonne comme un exploit eu égard au jour et au mois auxquels elle renvoie ; qu'en l'état, M. et Mme X... ont largement dépassé les limites de tolérance admise par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de liberté d'expression en utilisant sciemment un enfant de trois ans, symbole de l'innocence, pour créer une confusion dans l'esprit des lecteurs des inscriptions portées sur le tee-shirt et les amener à porter un jugement bienveillant sur des actes odieux et criminels, démontrant la volonté des prévenus de les valoriser ; qu'en conséquence, il se déduit de l'ensemble des éléments susvisés que les faits reprochés aux deux prévenus sont parfaitement constitués, que le jugement de relaxe sera réformé et les deux prévenus déclarés coupables des faits d'apologie de crimes d'atteintes volontaires à la vie ».

Un pourvoi en cassation fut introduit contre cette décision, invoquant le respect de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et avançant le fait que le délit d'apologie « suppose un acte de provocation, lequel implique une incitation à la commission d'une infraction » et exige que le message tenu puisse « inciter quelqu'un à commettre une telle infraction ». Ces arguments ont été rejetés par la Cour de cassation qui a, de manière assez lapidaire, énoncé que « la cour d'appel, qui, analysant le contexte dans lequel les mentions incriminées ont été imprimées et rendues publiques, a exactement apprécié leur sens et leur portée, et qui a caractérisé en tous ses éléments le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable, a justifié sa décision »<sup>41</sup>. La Cour de cassation a de cette manière clairement rejeté toute application des critères établis par la Convention du Conseil de l'Europe et la décision-cadre de l'UE pour définir la portée de l'incrimination du discours relatif au terrorisme.

C'est une même ligne qui a encore été suivie dans l'affaire concernant le message publié par Dieudonné sur sa page Facebook, le soir de la manifestation national ayant

---

<sup>41</sup> Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87358.

suiwi la commission des attentats contre Charlie Hebdo et l'Hypercasher, le 11 janvier 2015. Son message se lisait comme suit : « 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 ». Poursuivi pour apologie du terrorisme, Dieudonné a été condamné par le tribunal correctionnel de Paris, par un jugement du 18 mars 2015<sup>42</sup>. Le tribunal a tout d'abord explicité juge la notion d'apologie et l'a définie comme désignant « un discours ou écrit glorifiant un acte expressément réprimé par la loi pénale ». Le juge a ensuite analysé la portée du message publié par Dieudonné pour conclure qu'il était bien constitutif d'une apologie du terrorisme :

« Le message posté par M. D. se termine par "ce soir, je me sens Charlie Coulibally", reprise du slogan dont la signification a été ci-dessus rappelée en y accolant "Coulibaly", nom de l'un des terroristes, présenté comme celui ayant abattu la policière municipale et les quatre personnes de confession juive se trouvant dans le supermarché cacher. [...] S'agissant, plus précisément, de l'expression "ce soir je me sens Charlie Coulibaly", il apparaît, quelles que soient les explications successives confuses qu'il a données à celle-ci, que M. D. s'identifie ainsi à un auteur d'actes terroristes particulièrement graves qu'il contribue ainsi à banaliser. Par ailleurs, 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. Cette provocation pourrait relever de la satire, qui est une forme artistique d'expression, si elle n'avait pris une ampleur particulière au regard du contexte dans lequel le message a été publié sur internet à un moment où l'opinion publique était encore très fortement bouleversée par les attentats commis peu auparavant et alors que les victimes n'étaient pas encore inhumées. De surcroît l'impact d'un tel message, publié sur le compte Facebook de M. D., ne pouvait être ignoré de ce dernier dès lors qu'il s'agit d'un média qu'il utilise régulièrement pour entretenir la fidélité d'un large public auprès duquel il défend sa conception de la liberté d'expression. [...] Le sentiment d'hostilité à l'égard de la communauté juive que M. D. entretient auprès d'un public attiré par sa personnalité, accroît sa responsabilité à raison de ses propos provocateurs. Enfin, il convient de rappeler qu'internet est un média utilisé de façon massive, abritant des forums de discussion qui libèrent une parole dénonçant les impérialismes américain et juif pour justifier le "djihad". En tenant, d'une part, dans le contexte décrit, des propos volontairement provocateurs faisant l'amalgame entre la liberté d'expression et des actes terroristes qu'il a ainsi contribué à banaliser, et en décidant, d'autre 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, M. D., qui ne pouvait, ignorer l'impact de ses propos, s'est rendu coupable du délit d'apologie du terrorisme ».

On note une nouvelle fois que l'intention animant Dieudonné concernant la portée de son discours n'est pas prise en compte et que c'est essentiellement son caractère provocateur qui a été souligné pour retenir le délit d'apologie, de même qu'un amalgame abusif entre liberté d'expression et terrorisme. Le verdict a été confirmé en seconde instance, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris prononcé le 21 juin 2016<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Corr. Paris, *M. le Procureur de la République, et autres et autres / D.M.*, jugement du 18 mars 2015, <[www.legalis.net](http://www.legalis.net)>.

<sup>43</sup> « "Charlie Coulibaly": Dieudonné condamné en appel », *Le Figaro*, <<http://www.lefigaro.fr>>, 21 juin 2016.

Enfin, la dernière affaire à mentionner est celle qui concerne les propos tenus par Jean-Marc Rouillan, cofondateur d'Action directe, condamné pour assassinats et en liberté conditionnelle depuis 2012. Lors d'une interview donnée à une radio indépendante marseillaise, il répondit à une question portant sur les attentats commis contre la France par l'Etat islamique en mentionnant le « courage » des terroristes, tout en rejetant leur idéologie : « Je les ai trouvés très courageux, ils se sont battus très courageusement. Ils se battent dans les rues de Paris, ils savent qu'il y a 2 000 ou 3 000 flics derrière eux, souvent ils ne préparent même pas leur sortie parce qu'ils pensent qu'ils vont être tués avant même l'opération. Ensuite, ils restent les bras ballants en disant : "merde, on a survécu à tout cela". On peut dire qu'on est absolument contre leurs idées réactionnaires, on peut dire plein de choses contre eux, dire "c'était idiot de faire ci, de faire ça", mais pas dire que c'est des gamins qui sont lâches ». A l'audience du procès dont il fit l'objet, Jean-Marc Rouillan a précisé qu'il condamnait les attentats de Paris et compatissait avec les victimes<sup>44</sup>, mais cela n'empêcha pas le Tribunal correctionnel de Paris de le condamner à huit mois de prison pour apologie du terrorisme, dans une décision non publiée<sup>45</sup>.

Il ressort des différentes décisions analysées que le juge français retient une conception large de la notion d'apologie du terrorisme, qui n'est encadrée ni par une exigence d'intention particulière, ni par le constat d'un risque de perpétration d'actes terroristes. Il suffit que le discours visé puisse être interprété comme émettant un point de vue « favorable » voire simplement ambigu ou maladroit concernant des événements terroristes particuliers. Les précisions apportées postérieurement ou les amendes honorables ne sont d'aucun effet sur l'appréciation des propos. On constate dès lors que la conception des nécessités de la répression qui est de cette manière retenue est bien plus large que celle admise par les rédacteurs de la Convention du Conseil de l'Europe et reprise par divers rapporteurs spéciaux en matière de droits de l'homme, qui, comme nous l'avons vu, ont restreint l'incrimination à l'incitation intentionnelle à commettre des infractions terroristes, avec un risque réel que le discours soit suivi d'effet. Il en découle que l'application qui est faite du délit d'apologie du terrorisme en droit français constitue une limitation disproportionnée de la liberté d'expression, en ce qu'elle a tendance à viser des propos qui sont certes polémiques, hostiles ou susceptibles de choquer, mais qui ne constituent pas de façon indubitable des provocations à la perpétration d'actes terroristes.

## Conclusions

Au terme de notre analyse, force est de conclure que le délit d'apologie du terrorisme tel qu'il est défini en droit français soulève de graves problèmes de

---

<sup>44</sup> « Procès de Jean-Marc Rouillan: "Je suis contre la France et contre Daech" », *Les Inrockuptibles*, <<http://www.lesinrocks.com>, 25 juin 2016>.

<sup>45</sup> « Jean-Marc Rouillan, cofondateur d'Action directe, condamné à huit mois de prison pour apologie du terrorisme », *Le Monde*, <<http://www.lemonde.fr>>, 7 septembre 2016.

compatibilité avec le droit à la liberté d'expression<sup>46</sup>. Il ne correspond pas au « standard » européen et international qu'a cristallisé le prescrit de l'article 5 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et paraît être devenu un outil idéologique permettant aux autorités publiques d'imposer un discours moral et consensuel en faisant condamner les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent », dès lors qu'ils sont tenus à propos de faits terroristes. La question est d'autant plus essentielle que la notion d'apologie du terrorisme est également utilisée comme fondement pour établir d'autres limitations à la liberté d'expression et d'information, comme le blocage administratif d'accès des sites internet faisant l'apologie du terrorisme<sup>47</sup>, le retrait de contenus haineux par les « entreprises de technologies de l'information »<sup>48</sup> ou l'établissement d'un délit de « consultation habituelle » de tels sites<sup>49</sup>. Sans doute faudra-t-il, pour éclaircir la situation, attendre une nouvelle requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui permettrait à celle-ci, en Grande chambre, de préciser les critères pertinents pour établir un équilibre satisfaisant entre lutte contre le discours terroriste et préservation de la liberté d'expression.

---

<sup>46</sup> V. aussi Jacques Englebert, « La répression des excès de l'expression raciste ou blasphématoire : lorsque l'idéologie prend le pas sur le droit », *Auteurs & Media*, 2016/1, p. 66.

<sup>47</sup> Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, article 6-1 ; 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. Sur les questionnements que suscite ce mécanisme au regard de la liberté d'information, voy. Commission nationale consultative des droits de l'homme, « Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », 25 septembre 2014, pp. 9-10 ; Institut suisse de droit comparé, « Etude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de contenus illégaux sur Internet », Conseil de l'Europe, Avis 14-067, 20 décembre 2015, pp. 254 et s.

<sup>48</sup> V. « Code de conduite pour la lutte contre les discours haineux illégaux en ligne », Mai 2016, [http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc\\_id=42858](http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42858) ; « La Commission européenne et les entreprises des technologies de l'information annoncent un code de conduite relatif aux discours haineux illégaux en ligne », Communiqué de presse, 31 mai 2016, IP/16/1937.

<sup>49</sup> Article 421-2-5-2 du Code pénal, tel que modifié par la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique. Une précédente version de cette incrimination a été annulée par le Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Sur les problèmes de compatibilité avec la liberté d'expression que soulève ce type de délit, v. François Dubuisson, *op. cit.*, pp. 120 et s. et les sources citées.