

L'intervention du droit pour pallier l'insuffisance de la prévention

La prévention secondaire, si elle devient donc un élément central et essentiel à la stratégie française de lutte contre le discours djihadiste et la radicalisation, n'a pas suffi pour endiguer la vague d'attentats sur son sol et de départs vers la zone irako-syrienne. Pour cette raison, et parce que le discours djihadiste devient inaudible et inacceptable dans une France meurtrie par les attentats, sont développées de nouvelles mesures juridiques exceptionnelles qui visent elles aussi à prévenir le risque terroriste, mais en procédant au blocage et à la suppression des sites et contenus, et en sanctionnant ceux qui prétendent le consulter. Le développement du droit, notamment pénal, pour lutter contre la propagande s'enracine pleinement dans une politique beaucoup plus large d'anticipation du risque terroriste par la sanction⁷⁰⁵. Il s'intègre dans une législation stricte et punitive, qui, face à la difficulté d'éradiquer les sites et contenus, va finalement venir traiter les personnes qui consultent de la propagande en quasi complices de terrorisme eux-mêmes et en potentiels djihadistes. En effet, si le droit a d'abord entendu bloquer et supprimer la propagande en s'attaquant aux sites, comptes et publications, il apparaît que cette méthode a trop de lacunes pour être pleinement efficace seule. C'est pourquoi, il prend le parti de sanctionner directement les spectateurs, ceux qui consultent régulièrement la propagande sur Internet. La sanction se déplace des sites sympathisants et de l'autorité administrative aux spectateurs et au champ pénal et judiciaire. La propagande devient un élément à charge et une infraction à part entière, qui trouve toute sa place dans les prétoires. La politique française de lutte contre le terrorisme se place traditionnellement sur un versant avant tout sécuritaire, et ce constat continue de s'appliquer après 2014⁷⁰⁶.

24 L'intervention du droit pour bloquer les sites sympathisants

Le premier plan d'action présenté par le gouvernement, le PLAT, pose la problématique du cyber djihad dès avril 2014, en reconnaissant le rôle d'Internet dans les processus de radicalisation. Dans ce plan composé de soixante mesures, dans la première partie appelée « *Prémunir les esprits contre la radicalisation* », on retrouve d'une part le développement d'un contre-discours institutionnel, et d'autre part la nécessité d'élaborer des nouvelles mesures de

⁷⁰⁵ Cahn Olivier, « *Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre* » *Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi* », Archives de politique criminelle, terrorisme, n°38, 2016 ; Aix Julie et Cahn Olivier, « *Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale* », Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé 2017/4 n°4, p 845-868 ; Bouvier Jean-Claude, « *Une application des peines très spéciale ou le parachèvement de l'exception antiterroriste* », Délibérée 2017/2 n°2 ; Mégie Antoine, Pawella Jeanne, « *Les procès correctionnels des filières djihadistes. Juger dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme* », Les Cahiers de la Justice, 2017/2 n°2, p235-261 ; Razac Olivier, « *L'application des peines entre ennemi, citoyen, menace et usager* », Jurisprudence, Revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015 ; Safi Farah et Casado Arnaud, *Daech et le droit*, éditions Panthéon Assas, 2016, 180 pages

⁷⁰⁶ Hecker Marc, « *137 nuances de terrorisme, Les djihadistes de France face à la justice* », Focus stratégique n°79, Centre des études de sécurité (IFRI), avril 2018

retrait des contenus sur Internet. Par la suite, trois autres grands plans, présentés par le gouvernement, vont être élaborés et mise en place entre 2016 et 2018, et chacun prendra de nouvelles mesures pour renforcer la lutte contre le cyber-djihad et le discours djihadiste.

1.2 IMPLIQUER LES ACTEURS DE L'INTERNET DANS LA PROTECTION DES CITOYENS

1.2.1 Améliorer le retrait de contenus

Mesure 11 : Enrayer efficacement la diffusion de la propagande terroriste sur internet en accompagnant dans sa mission l'Ambassadeur pour le numérique, chargé de mener un dialogue direct avec les grandes plateformes numériques avec pour objectif prioritaire la mise en place d'outils automatiques d'identification et de retrait afin que les contenus puissent être retirés moins d'une heure après leur mise en ligne.

Mesure 12 : En l'absence de coopération volontaire des plateformes et réseaux sociaux d'ici mai 2018, soutenir une initiative législative européenne appuyée sur une étude d'impact de la Commission.

Mesure 13 : À partir du système IRMa (*Internet Referral Management application*), finaliser la construction d'une base de données européenne de contenus illicites par Europol.

1.2.2 Lutter contre l'enfermement algorithmique

Mesure 14 : Soutenir les travaux de recherche appliquée sur les processus d'enfermement algorithmique. Contribuer au développement d'outils pour sortir de l'exposition à des contenus susceptibles d'encourager une dérive radicale et promouvoir efficacement le contre-discours.

Cet extrait du PLAT de 2014 présente les nouvelles mesures à prendre pour lutter contre la propagande djihadiste, en se plaçant du côté des sites et des retraits de contenus. C'est la première pièce d'un édifice qui poursuit sa construction pendant plusieurs années, jusqu'en 2018.

Le plan de lutte antiterroriste (PLAT), du 29 avril 2014

- Encourager le développement d'un contre discours institutionnel ciblé en mobilisant tous les acteurs de la société civile
- Mieux lutter contre la diffusion de la propagande sur Internet, en favorisant le retrait des contenus et en luttant contre l'enfermement algorithmique.

Plan d'action contre la radicalisation et le terrorisme (PART), du 9 mai 2016

- Réduire l'exposition des internautes à la propagande faisant l'apologie du terrorisme (investir le cyberspace) : poursuivre les actions de surveillance, limitation et d'entrave contre la diffusion de la propagande extrémiste et lutter contre l'enfermement algorithmique.
- Opposer des contre-discours crédibles au système narratif et à la propagande de la radicalisation

Plan national de prévention de la radicalisation (PNPR ou PPP), du 23 février 2018

- Appliquer les acteurs d'Internet dans la protection des citoyens / améliorer le retrait des contenus : dialoguer en direct avec les principales plateformes numériques, mettre en place des outils d'identification et de suppression automatiques des contenus illicites, dans l'heure suivant la publication. Soutenir une initiative européenne d'uniformisation et favoriser la création d'une base européenne pour le contenu illicite. Assister la recherche et le développement d'outils.
- La construction du contre discours : mobiliser en priorité la société civile, et continuer à cibler avec un contre discours institutionnel.

Plan d'action contre le terrorisme (PACT), du 13 juillet 2018

- Renforcer les retraits des contenus illicites à caractère terroriste : encourager les initiatives européennes / partenariat.

Ce tableau présente les quatre plans successifs présentés par le gouvernement, et les principales mesures et orientations introduites par eux pour lutter contre la diffusion du discours djihadiste en ligne. Il s'agit surtout de mesures de retraits, mais également de coopération et de partenariat avec les acteurs du net et l'Europe. En second lieu on retrouve les mesures relatives au contre-discours.

La première grande loi qui suit le PLAT, du 13 novembre 2014, et qui vient renforcer les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, traite logiquement aussi du cyber djihad en suivant cette ligne d'attaque. Au départ, c'est surtout du côté des sites dits djihadistes, et non des spectateurs, que va s'opérer la censure. Pour lutter contre le djihad médiatique, l'Etat et le droit partent dans un premier temps du principe selon lequel il faut fermer les sites et les comptes propagandistes, apologétiques et sympathisants au djihad, et censurer les fichiers problématiques, en développant des outils adaptés, afin d'empêcher l'accès des internautes à ces contenus. Ces blocages, suppressions et déréférencements prévus par la loi doivent s'accompagner de messages de prévention à l'intention des internautes qui voudraient se diriger sur les sites concernés. La procédure de retrait et de blocage desdits sites incriminés, mise en place par décret en 2015, en parallèle et en collaboration avec la plateforme Pharos, qui fonctionne vingt heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept depuis peu, est la première mesure phare de la lutte contre le cyber djihad. Elle s'inscrit dans un cadre assez exceptionnel, puisqu'elle est placée entre les mains de l'autorité administrative et non du juge pénal.



Bienvenue sur le formulaire de signalement des contenus illicites

A savoir avant de faire votre signalement:

- Vous avez la possibilité de rester anonyme, mais vous pouvez aussi vous identifier.
- Si vous choisissez de vous identifier, vous ne serez pas contacté (sauf cas particulier). Votre identité sera conservée confidentiellement.
- Votre signalement sera conservé 10 ans dans notre base de données, puis effacé.
- Les signalements ne sont pas consultés la nuit, les week-ends et les jours fériés : **ne signalez aucun contenu nécessitant une intervention urgente** (par exemple, l'annonce d'un suicide)
- Pour en savoir plus sur les suites données aux signalements, vous pouvez consulter notre mode d'emploi du signalement.
- La collecte des preuves est l'affaire des services de l'Etat. Ne répondez pas à des annonces suspectes et ne cherchez pas activement de matériel illégal sur Internet. En outre, la seule possession de photographie de nature pédophile est interdite : ne faites aucune sauvegarde ni impression.

N'utilisez pas le formulaire dans les cas suivants:

- Si vous avez simplement reçu un pourriel (spam), utilisez le site de Signal Spam: <http://www.signal-spam.fr>
- Pour un problème de consommation, de qualité ou de sécurité de produits commerciaux, écrivez à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) en vous rendant sur: www.economie.gouv.fr/dgccrf

Quelques internautes incitent leurs contacts des réseaux sociaux à signaler massivement sur www.internet-signalement.gouv.fr des contenus qui les ont particulièrement choqués. Ces incitations partent d'une bonne intention – lutter contre les contenus illicites sur Internet – mais s'avèrent contre-productives. **Une action est entreprise par les enquêteurs dès le premier signalement.** L'envoi massif de signalements, pour signaler un unique contenu, les oblige à des manipulations inutiles qui impactent leur travail.

La plateforme est créée en 2009, intégrée à l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication, elle est sous la direction de la police judiciaire. Elle permet aux internautes de signaler sur Internet, via une plateforme en ligne assez simple d'utilisation, les contenus illicites, comme les escroqueries, la pédopornographie et atteintes aux mineurs, les discriminations et l'apologie du terrorisme et incitation à commettre des actes terroristes. Depuis 2020 et l'attentat contre Samuel Paty, elle fonctionne 24h sur 24, 7 jours sur 7, avec 50 fonctionnaires. L'utilisation de la plateforme Pharos doit notamment avoir pour vocation d'apporter une contribution majeure au signalement et à la modération de sites et comptes des djihadistes, notamment sur des réseaux sociaux comme Twitter et Facebook, avec qui elle collabore progressivement. Pharos, en association avec les sites, et surtout les réseaux sociaux, va permettre de censurer des contenus, des pages et des sites.

L'encadré présente le fonctionnement de la plateforme Pharos, confiée à la direction centrale de la Police judiciaire. La capture d'écran est tirée de plateforme, elle explique comment procéder aux signalements, les choses à savoir, conséquences et mises en garde. Nous l'avons fait, pour signaler un site violent rediffusant des contenus en tous genre, la procédure, simple et pratique, est expliqué sur la page dédiée au signalement.

Le procès du site Ansar al-Haqq, très actif jusqu'à la fin des années 2000 et incontournable de la scène numérique djihadiste française, auquel nous avons pu assister en juillet 2018, illustre bien la frénésie médiatique et judiciaire autour du cyber-djihad après 2015⁷⁰⁷. Le procès s'était tenu au Tribunal Correctionnel de Paris, environ huit ans après les faits, et avait abouti à la condamnation de ses quatre principaux modérateurs sous la qualification d'AMT, dont l'activiste médiatisé Farouk Ben Abbes, qui s'était rendu libre au procès. La suppression des comptes, des sites et contenus, passait par deux voies : la plateforme de modération en ligne Pharos et la procédure de blocage d'urgence à partir de 2015. Concernant cette dernière, elle est difficile à mettre en place, et les critères qui permettent de déterminer les sites qu'il faut fermer sont trop flous pour être vraiment efficaces, c'est la première critique à laquelle elle se heurte. La seconde problématique est éthique, elle fait l'objet de lourdes critiques, avant même son adoption, qui la définissent comme liberticide, voire contreproductive. Dans les faits, seuls quelques sites seront fermés à titre d'exemples, surtout au moment où la mesure entre en vigueur. L'échec de la mesure est donc rapidement consommé, et raison est donnée à ses détracteurs. Par la suite, le règlement contre la diffusion du terrorisme en ligne, du 29 avril 2021, élaboré par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne, qui oblige les plateformes Internet à retirer dans l'heure tout contenu à caractère terroriste notifié par les autorités, va uniformiser la législation à échelle européenne, et rendre comme caduque les mesures de retraits et de blocage prévues initialement par la loi du 13 novembre 2014⁷⁰⁸.

Pour faire fermer les sites djihadistes, le droit s'inspire dans un premier temps en grande partie des outils mis en place pour lutter contre la pédopornographie sur Internet⁷⁰⁹. Il s'agit de supprimer les contenus faisant l'apologie du terrorisme ou incitant au terrorisme, comme les vidéos violentes de propagande ; mais également de procéder à la fermeture de comptes sur les réseaux sociaux, et au blocage de sites problématiques et récalcitrants qui refusent de coopérer. Appliquer le droit national à un espace dématérialisé et transnational, comme Internet, est complexe, et pose donc la problématique de la « territorialité judiciaire », c'est par la coopération entre les acteurs que va passer un possible contrôle des contenus sur les réseaux, mais aussi par des procédures de blocage pour outrepasser le refus de coopérer de certains

⁷⁰⁷ La question de la qualification des faits, entre apologie du terrorisme et association en vue d'une entreprise terroriste (AMT) est l'un des enjeux cruciaux du procès. Par ailleurs, de multiples thématiques autour de la question du cyber djihad, de l'influence, avaient été abordées durant les trois jours d'audience auxquelles nous avons pu assister.

⁷⁰⁸ Règlement européen (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne

⁷⁰⁹ Voir notamment le livre blanc, *Pédopornographie et propagande terroriste en ligne*, version réactualisée du livre rédigé en 2014, 2019

acteurs, notamment des modérateurs et des hébergeurs de sites ouvertement pro-djihad⁷¹⁰. Dans certains cas, ces procédures doivent aboutir sur une enquête, placée entre les mains des services compétents, contre le créateur ou l'hébergeur du site ou du compte incriminé, et éventuellement vers des procès. La sanction se place donc dans un premier temps véritablement du côté des sites et de leurs créateurs, des hébergeurs et de ceux qui font l'apologie du terrorisme sur des sites dédiés, non directement vers les spectateurs.

Dès le départ, l'opportunité de bloquer et de fermer les comptes des djihadistes ne fait pas consensus, plusieurs bémols sont soulignés du côté de la recherche et des professionnels, concernant l'efficacité et la pertinence de ces mesures de suppression et de blocage⁷¹¹. Pour les chercheurs de la fondation Quilliam, la campagne de suppression des comptes des djihadistes est inefficace⁷¹². Les chercheurs soulignent la facilité avec laquelle les comptes sont recrées presque instantanément : à chaque compte fermé, il est recréé, sous un nouveau nom proche, grâce à un nouvel email, et rassemble très rapidement ses anciens followers⁷¹³. Ce phénomène est illustré par une référence au jeu dit du « tape taape » : à chaque fois qu'un compte est fermé, un autre est recréé et apparaît tout de suite à la place de l'ancien, fermé⁷¹⁴. Par ailleurs, supprimer les contenus est qualifié de contreproductif par les chercheurs de la fondation, pour qui cela revient à encourager les djihadistes à se réfugier sur des sites et des plateformes moins connues et moins surveillées⁷¹⁵. Les deux sociologues JM Berger et Morgan Jonathan font en partie ce constat durant leur enquête sur les profils et les comptes des djihadistes sur le réseau social Twitter. Si pour eux il est nécessaire de traquer les comptes des djihadistes et de les supprimer, une procédure qui ne serait en réalité ni vaine ni inutile, puisqu'elle perturberait les djihadistes en les obligeant à créer de nouveaux comptes privés et à repartir de zéro, ils expliquent cependant pourquoi la campagne de suppression massive des comptes sur le réseau complique le travail de recherche et des renseignements⁷¹⁶. Pour François Douzet, sur la mesure de blocage : « *Son efficacité est toutefois relative et parfois problématique. Face aux blocages*

⁷¹⁰ Masson François-Xavier, Mariatte Patrick, « *Pharos et la lutte contre le discours de haine sur internet* », Dans Archives de politique criminelle 2018/1 (n° 40), pages 127 à 142

⁷¹¹ Saltman Erin Marie, « *Islamic State: the changing face of modern jihadism* », Quilliam Foundation, 2014; Marc Hecker, « *Web social et djihadisme : du diagnostic aux remèdes* », Focus stratégique, n°57, 2015 ; Saltman Erin Marie, Russel Jonathan, « *White paper, the role of prevent in countering Online extremism* », Quilliam Foundation, 2014; Berger JM and Morgan Jonathan, « *The ISIS Twitter Census Defining and describing the population of ISIS supporters on Twitter* », The Brookings Project on U.S. Relations with the Islamic World, No. 20, 2015; Frédéric Douzet, « *Le cyberspace, troisième front de la lutte contre Daech* », Dans Hérodote 2016/1-2 (N° 160-161), pages 223 à 238

⁷¹² La Quilliam Fondation, créée en 2008, est un groupe de réflexion britannique qui se focalise essentiellement sur le contre-extrémisme, et particulièrement le djihadisme. Elle a notamment permis, via une campagne de financement participatif, de financer la campagne de contre-discours *Not another brother*, étudiée dans nos travaux. Elle a également rédigé plusieurs travaux sur la question du djihadisme de l'Etat Islamique, et sur l'utilisation d'Internet par le groupe, mobilisés dans nos recherches.

⁷¹³ Saltman Erin Marie, « *Islamic State: the changing face of modern jihadism* », Quilliam Foundation, 2014

⁷¹⁴ Marc Hecker, dans « *Web social et djihadisme : du diagnostic aux remèdes* », Focus stratégique, n°57, juin 2015

⁷¹⁵ Saltman Erin Marie, Russel Jonathan, « *White paper, the role of prevent in countering Online extremism* », Quilliam Foundation, 2014.

⁷¹⁶ Berger JM and Morgan Jonathan, « *The ISIS Twitter Census Defining and describing the population of ISIS supporters on Twitter* », The Brookings Project on U.S. Relations with the Islamic World, No. 20, March 2015

techniques, Daech a démontré une capacité d'adaptation très rapide et créative. Au lieu de mettre une vidéo en ligne, les djihadistes diffusent simultanément plusieurs vidéos en des points différents, immédiatement redistribuées par de multiples relais de façon à rendre disponibles plusieurs centaines de vidéos simultanément en très peu de temps. Ils choisissent le moment propice, lorsque les effectifs sont plus réduits à l'heure de la fermeture des bureaux ou le week-end, afin de déborder les capacités de l'adversaire. »⁷¹⁷. Du côté des professionnels de la justice, l'ancien juge au pôle antiterroriste, Marc Trédivic, partageait ce point de vue : « *Toutes les personnes arrêtées depuis 2007 l'ont été grâce aux imprudences commises sur Internet, à la communication électronique. Si nous les empêchons de surfer, nous aurons plus de mal à détecter leurs agissements.* »⁷¹⁸. Cette réflexion est appuyée indirectement par la reporter Céline Martelet, qui relate l'intervention d'agents de la DGSI dans les procès. Les sites sont un moyen de surveillance, et la participation à la propagande une preuve, qui va faciliter des condamnations à l'issue des procès, notamment des femmes, dont les activités sont plus difficiles à prouver, considérant qu'elles ne combattaient pas⁷¹⁹. Supprimer les comptes des djihadistes reviendrait à supprimer des preuves, et à ralentir le travail des services de police et de renseignements, le développement de la recherche sur ces sujets, et à encourager les djihadistes à s'enterrer sur des réseaux privés plus difficilement traçables.

La question est donc complexe, et le résultat, nous l'avons constaté durant nos travaux, est bien à double tranchant, si les comptes et publications des djihadistes se sont largement raréfiés, et se font plus discrets ces dernières années grâce à des campagnes de suppression, il est plus difficile de suivre l'actualité interne à la sphère djihadistes sur les principaux réseaux sociaux, sites et forums. Aujourd'hui beaucoup du contenu se trouve de fait sur le *darknet* ou sur des réseaux cryptés comme la chaîne russe Télégramme. Par ailleurs, il est encore possible de trouver des vidéos djihadistes violentes de manière éparse, en passant par d'autres voies que le web classique soumis à la législation française : nos mesures sont donc imparfaites.

13.1 Pharos : un outil pour collaborer avec les réseaux dans la traque aux contenus

Pour reprendre les propos de François Xavier Masson et Patrick Mariatte : « *Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont entraîné une mutation profonde de la nature de l'expression publique qui est devenue directe, massive et peut atteindre n'importe qui possédant une connexion internet. Elles obligent l'Etat, confronté à une diffusion des contenus*

⁷¹⁷ Frédéric Douzet, « *Le cyberspace, troisième front de la lutte contre Daech* », Dans Hérodote 2016/1-2 (N° 160-161), pages 223 à 238

⁷¹⁸ Il était interrogé au Sénat le 4 avril 2015 : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl15-280.html>

⁷¹⁹ Entretien avec Céline Martelet, grand reporter, du 28 avril 2021.

en mode viral, à repenser les modes d'action destinés à protéger les atteintes portées aux droits de la personne mais également à l'ordre public. Elles imposent également aux forces de sécurité intérieure une adaptation constante de leurs structures et de leurs méthodes. Car Internet donne l'illusion d'une liberté d'expression sans limite et en tout anonymat. On assiste ainsi à une dilution de la responsabilité dans le cyberspace accentuée par l'immédiateté, l'interactivité en temps réel et l'absence d'obstacles apparents. »⁷²⁰. La plateforme Pharos est l'un des outils clés en France de cette adaptation aux nouvelles technologies, et de lutte contre la haine en ligne⁷²¹. Après l'attentat contre Charlie Hebdo, le gouvernement va créer une cellule spéciale au sein de la plateforme, chargée de traiter, entre autres, les signalements liés à l'apologie, à l'incitation à commettre des actes terroristes, et à la propagande. La plateforme se renforce progressivement, elle fonctionne depuis 2020 vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept, et compte désormais une cinquantaine de personnes mobilisées. Ces changements ont été opérés avec le déploiement d'un plan d'action, de décembre 2020⁷²², qui prévoyait : un élargissement des capacités de Pharos, un resserrement de la collaboration entre les plateformes, les réseaux et l'Etat, et la signature d'une convention, aboutissant à l'installation d'un conseiller de gendarmerie au sein du service de signalement⁷²³.

C'est Pharos qui va permettre de censurer plusieurs vidéos terroristes, comme la vidéo de décapitation du français Hervé Gourdel, enlevé dans le désert algérien en septembre 2014, retirée en cinq minutes, selon le site du gouvernement⁷²⁴. Toujours d'après ledit site, à la suite des attentats de janvier 2015, les signalements en lien avec le terrorisme et les événements qui endeuillent la France explosent, la plateforme reçoit de 6000 à 7000 signalements par jour, pour des contenus en lien avec le terrorisme et l'apologie, et atteint finalement environ 35000 signalements intervenants sur la période suivant les attentats⁷²⁵. Toujours selon les chiffres du gouvernement : « *En 2014, la plateforme a reçu 137 000 signalements (+ 14 000 par rapport à 2013) : 56% correspondent à des faits d'escroqueries, 11% sont des signalements liés à la pédopornographie et 12% ont trait soit à l'apologie de terrorisme soit à l'incitation à la haine raciale* »⁷²⁶, ces données plaçaient les faits liés au terrorisme loin derrière les escroqueries, mais

⁷²⁰ Masson François-Xavier, Mariatte Patrick, « *Pharos et la lutte contre le discours de haine sur internet* », Dans Archives de politique criminelle 2018/1 (n° 40), pages 127 à 142

⁷²¹ Elle a un équivalent en Grande Bretagne notamment, la plateforme CTIRU.

⁷²² Ce plan est présenté sur le site du ministère de l'intérieur : <https://www.interieur.gouv.fr/La-ministre-deleguee/Communiqués/Cyber-islamisme-Marlene-Schiappa-deploie-un-plan-d-actions-en-ligne>

⁷²³ D'après la convention de novembre 2020 : « *l'association Point de contact reçoit les signalements des internautes, de façon complémentaire à la plateforme Pharos... Ses analyses procèdent à une qualification juridique et techniques de contenus et les relaient aussi bien vers Pharos que vers les différents hébergeurs et plateformes, en France et dans le monde au travers du réseau INHOPE...* »

⁷²⁴ <https://www.gouvernement.fr/la-plateforme-pharos>

⁷²⁵ Hecker Marc, « *Web social et djihadisme : du diagnostic aux remèdes* », Focus stratégique, n°57, juin 2015

⁷²⁶ <https://www.gouvernement.fr/la-plateforme-pharos>

révélaient un pourcentage de signalements significatif sur le sujet sur cette période. Ce constat est également permis grâce aux chiffres des années suivantes, en 2020, le ministre de l'Intérieur, questionné à l'Assemblée sur les moyens de lutte mis en place contre le djihad sur Internet, avançait ces chiffres : « *S'agissant des contenus terroristes, PHAROS a enregistré des pics de signalements en 2015 et 2016 avec respectivement 31 302 et 11 411 signalements d'internautes (contre 1 675 en 2014 par exemple). Depuis, le volume oscille entre 4 500 et 6 500 signalements par an.* ». Le ministre soulignait l'existence d'un pic important opéré sur la période la plus active de l'Etat Islamique sur Internet, soit entre 2015 et 2016⁷²⁷. En 2018, on retrouve les chiffres suivants : 4.567 signalements dans le domaine de l'apologie et de la provocation à des actes terroristes, soit 2,79 % des signalements, contre 4,08 % en 2017, soit des chiffres qui baissent progressivement. D'après un rapport du ministère : « *Les données de l'année 2018 confirment la tendance observée en 2017 : un retour à la volumétrie antérieure aux années 2015 et 2016, qui avaient été marquées par un nombre important de signalements en lien avec le terrorisme* »⁷²⁸. Enfin, dans son rapport sur « *l'état de la menace liée au numérique* » daté de 2019, le ministère de l'intérieur notait également qu'en 2018, Pharos avait transmis 12 100 demandes de retrait pour des contenus en lien avec le terrorisme et l'apologie, contre 30 634 en 2017, soulignant ainsi la baisse progressive de ce type de signalement⁷²⁹. Ces chiffres remontent en 2020, comme après chaque attentat médiatisé, à la suite de l'affaire Samuel Paty, qui aboutit donc à un renforcement du contrôle et des effectifs sur la plateforme. On le voit bien, Pharos est un outil central de la lutte contre l'expansion du discours djihadiste en ligne. En guise de comparaison : « *La plateforme CTIRU est l'équivalent britannique de PHAROS. Elle collabore avec les réseaux sociaux et a réussi à faire supprimer plus de 72 000 contenus de type terroriste depuis février 2010. Il s'agit d'une collaboration avec les éditeurs et les hébergeurs puisqu'il n'existe pas de moyen coercitif pour les contraindre à supprimer un contenu en ligne.* »⁷³⁰. Aussi, la France n'est pas le seul pays à avoir adopté des outils de signalements des contenus pour lutter dans un premier temps.

Pharos a cependant aussi fait l'objet de polémiques lorsqu'elle s'est avérée inefficace pour repérer des individus dangereux, malgré de multiples signalements, ou trop lente pour supprimer des contenus, et montré ses limites⁷³¹. L'application du droit national, de même que

⁷²⁷ Question N° 26385 de Monsieur Patrick Vignal, « *Lutte contre le terrorisme - Moyens de l'OCLCTIC* », publié le 4 février 2020

⁷²⁸ Rapport 2018 sur « *La Lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie* », Contribution complémentaire du ministère de l'Intérieur.

⁷²⁹ *Etat de la menace liée au numérique*, la réponse du ministère de l'intérieur, rapport n°3 de mai 2019, 140 pages

⁷³⁰ Ben Attar Oriane, « *Les modalités actuelles de la lutte contre le terrorisme dans les États européens* », Civitas Europa 2015/1 N° 34, pages 169 à 190

⁷³¹ Dans le cas de l'affaire Samuel Paty, la plateforme est au centre de multiples critiques. L'assaillant aurait été signalé par plusieurs internautes les mois et jours précédents le meurtre de l'enseignant.

la multitude de republications, de créations de comptes et signalements, rendait le repérage et le retrait des contenus parfois trop lents⁷³². Beaucoup de ces suppressions dépendaient du bon vouloir des réseaux sociaux américains, qui appliquent des politiques différentes sur la liberté d'expression et l'anonymat. La capacité de repartage des contenus qu'offrent les réseaux, rend le travail des modérateurs long et fastidieux⁷³³. Dit simplement : s'il est facile de supprimer le fichier source, publié par exemple par le groupe Etat Islamique, il est ensuite plus complexe d'éliminer toutes les copies, partagées sur les réseaux et sites. On le constate toujours, puisqu'il est possible, avec un minimum d'efforts, de se procurer des vidéos de propagande djihadiste violentes sur Internet, notamment via le navigateur *Tor*, en réalité simple à installer, où des sites offrant des contenus violents divers en proposent. On peut citer le site *best-gore*, pourvoyeur de snuffmovies⁷³⁴, ou, dans une certaine mesure, le site anglais *Live-Leak*, fermé en 2021, pourvoyeur de photos et de vidéos chocs relatives à l'actualité. Ces exemples sont des exemples parmi d'autres, puisque, via *Tor*, nous avons pu en trouver de supplémentaires qui proposaient les mêmes types de contenus. Si Marc Hecker relate une expérience fructueuse avec Pharos, nous avons-nous même tenté de signaler l'un de ces sites et ces vidéos⁷³⁵. En effet, nous avons tenté de faire bloquer un site du type, en le signalant sur la plateforme, mais quelques semaines plus tard celui-ci était toujours en ligne, sous le même nom. Le site montrait, entre autres, des assassinats, dont des vidéos djihadistes, comme l'assassinat de Nick Berg par Al-Qaïda, et des vidéos d'exécutions de l'Etat Islamique. Si celui-ci se trouvait sur *Tor*, une plateforme particulière qui permet de modifier les adresses IP, et de contourner en partie les mesures de filtrage, en accédant au serveur, donc un peu à part, cela montre bien que Pharos n'est pas infaillible ou efficace partout.

ISIS Slaughter House - on horriblevideos.com

▶ <https://horriblevideos.com/video/isis-slaughter-house-650.html>

13668117. 2016-10-29 04:01:57. Murder Videos. ISIS, slaughter, kill, murder, knife, brutal, blood. This video is intentionally shortened, these poor guys were caught randomly from streets and slaughtered by alliance of Satan, ISIS members, brutally slitting throats of innocent guys. It seems that these guys were drugged or something.

⁷³² Bonifait Bastien, « *L'utilisation du cyberspace par l'État Islamique* », Mémoire de master 2 sous la direction du professeur Frederick Douzet, Institut français de géopolitique de Paris VIII, année 2014-2015, 126 pages

⁷³³ Hecker Marc, « *Web social et djihadisme : du diagnostic aux remèdes* », Focus stratégique, n°57, juin 2015

⁷³⁴ En 2012 le site est pointé du doigt, et son créateur poursuivi en justice, pour avoir diffusé le snuffmovie tourné par le tueur québécois Lucas Rocco Magnotta. Le film mettait en scène le meurtre d'un jeune étudiant chinois, des actes de nécrophilie et de dépeçage.

⁷³⁵ Hecker Marc, « *Web social et djihadisme : du diagnostic aux remèdes* », Focus stratégique, n°57, juin 2015

Gory ISIS beheading - on horriblevideos.com

► <https://horriblevideos.com/video/gory-isis-beheading-812.html>

00:29 ISIS Child militant Beheading Syrian Soldier. 88% 13624589 00:11 Beheading with a machete. 67% 51993 01:11 Iraqi soldiers beheading dead ISIS fighter. 29% 18014 00:20 Beheading of ISIS soldier. 76% 58307 00:30 ISIS Brutal Slaughter of Prisoner in Yemen. 50% 16597 DMCA Notice ...

Gore Video - Isis executions | GoreForum

► <https://goreforum.com/threads/isis-executions.44/>

Wednesday at 1:22 AM. War and Terrorism ISIS BRUTAL HEADSHOT. War and Terrorism. 1. Wednesday at 3:24 PM. Gore Video  All The Newest ISIS Battlefield Killings, Executions And Combat! . Gore Videos. 0. Jan 9, 2021.

New isis execution - BestGore.Fun - Can Death Be Funny?

► <https://bestgore.fun/videos/watch/3ed8b876-013a-4088-9627-986d6e1d8601>

BestGore.Fun - Isis. @channel_id@domain will list the matching channel; URL will list the matching channel; UUID will list the matching video; Any other input will return matching video or channel names.

Ces différentes captures d'écran sont tirées du navigateur Tor, et montrent plusieurs sites en question, et des exemples de contenus problématiques, de vidéos violentes de l'Etat Islamique. Les noms des sites sont éloquentes, ainsi que les noms et descriptifs donnés aux vidéos.

Des vidéos et photos circulent souvent après chaque événement terroriste filmé, par exemple, celle montrant l'assassinat de deux touristes scandinaves, décapitées au Maroc en 2018, avait été de nombreuse fois visionnée en France après sa publication en ligne par les tueurs, et était facilement trouvable sur des sites de ce type. Nous avons nous-même croisé la vidéo, et fait le choix personnel de ne pas la visionner. Le même phénomène a été observé concernant la tête décapitée de l'enseignant Samuel Patty, dont la photo avait été publiée par le tueur sur Twitter, puis repartagée massivement sur les réseaux, où elle est restée longtemps en ligne. Par ailleurs, la photo clandestine de la scène du Bataclan, couverte de sang et de cadavres, supprimée 32100 fois de Facebook en 2016, est encore trouvable en quelques clics sur Internet, alors qu'elle avait énormément choqué les populations en France, que plusieurs appels sur les réseaux avaient invité à ne pas la partager, et que les victimes et les familles s'étaient plaintes via une association⁷³⁶. Cela s'explique par les partages massifs discontinus du cliché sur les réseaux comme Facebook. Une autre explication se trouve dans la reprise du cliché par les tabloïds étrangers, notamment britanniques, moins hésitants à l'idée de publier ce type de contenu, car moins exposés à un risque de sanction qu'en France⁷³⁷.

⁷³⁶ Lausson Julien, *La France a fait supprimer 32 100 fois une photo du Bataclan sur Facebook*, Numerama, 29 avril 2016

⁷³⁷ En France, les victimes, et surtout les corps, sont relativement protégées par la loi, via les articles 35 de la loi sur la liberté de la presse: « La diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit,

Si Pharos communique avec les réseaux sociaux, et si cette coopération aboutit de plus en plus souvent, grâce à un resserrement des liens entre les réseaux sociaux et la plateforme ces dernières années⁷³⁸, il était difficile au départ de faire supprimer les comptes et contenus des djihadistes⁷³⁹. Il apparaît que ces contenus ne sont pas toujours de facto illégaux pour certains réseaux. Si le Conseil Constitutionnel avait précisé par une décision datant de 2004 l'obligation pour les hébergeurs de retirer les contenus manifestement illicites⁷⁴⁰, la définition de ce qui est licite ou illicite sur Internet est complexe. Elle diffère parfois entre le droit français et les réseaux sociaux, qui s'appuient, selon Marc Hecker, sur une vision contradictoire voire extensive et critiquée de la liberté d'expression et d'information, où le contenu djihadiste deviendrait illégal non pour la violence des images mais s'il incite directement à la violence⁷⁴¹. En conclusion, si Pharos est utile, elle ne suffit pas toujours. Frédérick Douzet le dit bien : un internaute motivé trouvera le moyen de se procurer du contenu, en passant par des serveurs échappant à la législation française⁷⁴². *Tor*, qui permet de modifier l'adresse IP, dispose d'un statut à part qui offre la possibilité de contourner plus facilement les décisions d'Etat.

13.2 Une procédure spéciale confiée à l'autorité administrative

Pour pallier les limites de Pharos, le droit développe une procédure spéciale de retrait et de blocage des sites en urgence, qui concerne le terrorisme, l'apologie du terrorisme, et la pédopornographie. La mesure est adoptée en 2014, avec le passage de la loi en procédure accélérée, et est effective après sa publication par décret en février 2015. Le décret est composé de 9 articles qui précisent les conditions de mise en œuvre de la procédure de blocage et le rôle des acteurs. Avec le décret n° 2015-125 du 5 février 2015, présenté en conseil des Ministres le 4 février et publié au journal officiel le 6 février, qui entre en vigueur le lendemain, le 7 février, le gouvernement autorise explicitement la fermeture et le blocage des sites djihadistes par l'autorité administrative au terme d'une procédure spéciale qui ne nécessite pas l'intervention d'un juge. L'absence du juge pénal pour contrôler, a de quoi surprendre, et suscite la controverse : « *Cette mesure a aussi été critiquée pour son potentiel liberticide ne relevant pas de la décision d'un juge et risquant de faire des dégâts collatéraux lorsque le contenu d'une*

lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière, est punie de 15 000 euros d'amende », et l'article 225-17 du Code pénal, qui prévoit des sanctions pour « *toute atteinte à l'intégrité du cadavre* »⁷³⁷.

⁷³⁸ Selon Marc Hecker, dans « *Web social et djihadisme : du diagnostic aux remèdes* », Focus stratégique, n°57, juin 2015, environ 90% des demandes de retraits présentées à Facebook, par exemple, sont entendues.

⁷³⁹ Bonifait Bastien, « *L'utilisation du cyberspace par l'État Islamique* », Mémoire de master 2 sous la direction du professeur Frederick Douzet, Institut français de géopolitique de Paris VIII, année 2014-2015, 126 pages

⁷⁴⁰ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004

⁷⁴¹ Hecker Marc, « *Web social et djihadisme : du diagnostic aux remèdes* », Focus stratégique, n°57, juin 2015

⁷⁴² Frédérick Douzet, « *Le cyberspace, troisième front de la lutte contre Daech* », Dans Hérodote 2016/1-2 (N° 160-161), pages 223 à 238

page entraîne le blocage de tout un site qui héberge de multiples contenus. Elle ne peut d'ailleurs s'appliquer aux réseaux sociaux tout entiers, qui plus est sous juridiction américaine, et nécessite donc leur collaboration »⁷⁴³. Le ministère de l'Intérieur transmet la liste des adresses électroniques des sites incriminés aux fournisseurs d'accès afin qu'ils procèdent, dans les vingt-quatre heures, au blocage desdits sites par tout moyen. Cette procédure intervient après une demande explicite de l'autorité administrative, formulée auprès de l'hébergeur ou du créateur du site ne respectant pas les dispositions du code pénal, et ayant essuyé un refus explicite ou restée 24h sans réponse. En l'absence de coopération de l'hébergeur du site, celui-ci est fermé au terme d'un délai de 24h. La procédure est très rapide, puisqu'elle ne prend en tout pas plus de 48h00, de la transmission à la fermeture. L'utilisateur qui voudrait se rendre sur ces sites est mis face à un message de blocage, puis redirigé vers une page contenant un message d'alerte du gouvernement. Selon l'article 4 du décret, la fermeture en question doit être réexaminée chaque trimestre au minimum, pour vérifier que le contenu du site présente toujours un caractère illicite, dans le cas contraire, il est débloqué.

Le décret n° 2015-253 du 4 mars 2015, relatif au déréférencement 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, complète la mesure. La procédure va permettre, selon le décret, de « *demander aux exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires le déréférencement des sites incitant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique : le ministère de l'intérieur transmet les adresses électroniques des services de communication au public en ligne méconnaissant les dispositions du code pénal aux exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires afin qu'ils procèdent, dans les quarante-huit heures, au déréférencement desdits sites.* ». L'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication va se charger d'opérer les signalements auprès des moteurs de recherche, qui devront tout mettre en œuvre pour empêcher le référencement des sites dans les 48h00. Le déréférencement signifie que ceux-ci, sans être à proprement parler bloqués, ne doivent plus apparaître sur les pages de recherche et ne plus répondre à certains mots-clés.

L'absence d'autorisation préalable par un juge pénal avant le blocage est pointée du doigt comme contrevenant aux garanties de liberté et à la sécurité. Pour la commission

⁷⁴³ Frédéric Douzet, « *Le cyberspace, troisième front de la lutte contre Daech* », Dans Hérodote 2016/1-2 (N° 160-161), pages 223 à 238

Nationale consultative des droits de l'homme et pour le Conseil National du numérique, le passage par un juge pénal est une absolue nécessité pour garantir la séparation des pouvoirs et le respect des libertés, le juge doit faire office de garde-fou en vérifiant que les sites concernés contreviennent bien aux mesures du code, et que le blocage est proportionné⁷⁴⁴. La deuxième critique repose sur la mise en œuvre de la mesure, sur les moyens techniques choisis, et sur son efficacité, elle est difficile à mettre en place et facilement contournable. C'est ce que dit l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information, à travers son leader, qui s'était montré, à l'occasion d'une conférence en septembre 2014, réservé quant aux mécanismes de blocage choisis et leur efficacité⁷⁴⁵. La dernière critique concernait la marge d'erreur et les potentiels dommages collatéraux. Le gouvernement avait finalement choisi de ne pas se baser sur l'adresse IP, qui peut être commune à plusieurs sites en raison de la localité, mais sur le nom du domaine, le risque était alors moins fort mais le système facilement contournable et donc inutile. Enfin, le suivi des sites djihadistes comme moyen de surveillance est également un argument avancé ici, des spécialistes craignent de voir les djihadistes se replier sur des réseaux clandestins ou discrets, moins facilement traçables. C'est notamment l'avis du Conseil du Numérique dans son avis rendu en juillet 2014 pour qui, bloquer les sites pourraient créer un interdit qui attise l'envie de les consulter, surtout chez un public jeune, ce qui pourrait donc s'avérer contreproductif⁷⁴⁶.

Dans les faits, la mesure va s'appliquer rarement, essentiellement au moment de son adoption, et si elle contrevient donc peu à la liberté d'expression, elle donne raison à ses détracteurs quant à son inefficacité. Au moment du passage du décret, en mars 2015, ce sont cinq sites qui sont bloqués, dont le site islamicstatenews.info. Cette première fermeture faisait déjà débat. Selon David Thomson sur Twitter, la controverse s'expliquait par la nature ambivalente du site, non ouvertement affilié à un groupe djihadiste, et peu influente dans la djihadosphère. Le site défendait l'action des jihadistes en Syrie et en Irak, mais sans se réclamer ouvertement des jihadistes de l'Etat islamique ou de Jabhat Al-Nosra, son blocage pouvait résonner comme une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication. Par ailleurs, le journaliste notait que le site demeurait accessible via le réseau Facebook, et n'était donc pas complètement bloqué, ce qui rendait la mesure peu efficace et effective. Outre

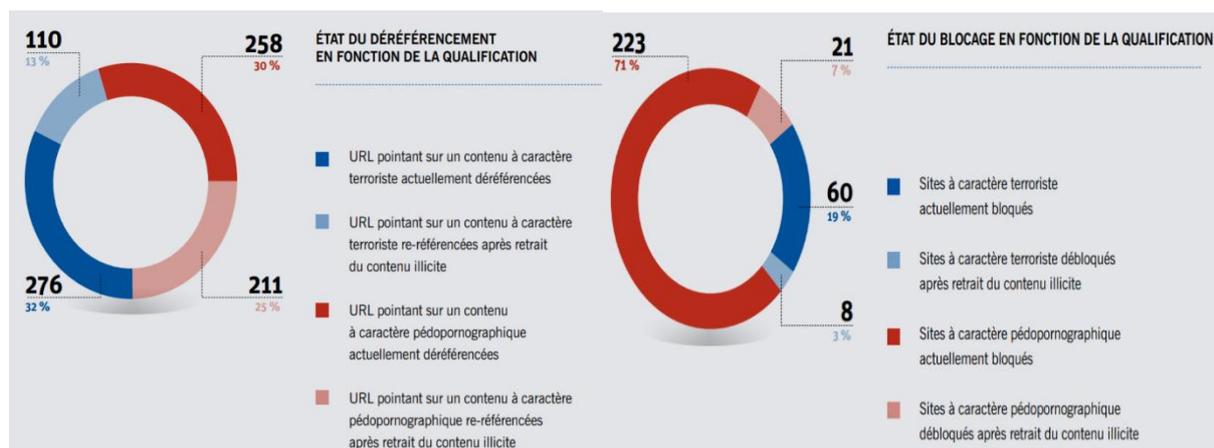
⁷⁴⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 25 septembre 2014 p-9 et Conseil National du numérique, avis n°2014-3 concernant l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 15 juillet 2014, p-4

⁷⁴⁵ Il s'agissait de la conférence Cybercercle, organisée par Défense et Stratégie, la semaine précédant le passage de la mesure devant l'Assemblée. Voir l'article de Marc Rees, « L'ANSSI « très réservée » sur les mesures de blocage de sites », du 10 septembre 2014

⁷⁴⁶ Conseil National du numérique, avis n°2014-3 concernant l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 15 juillet 2014, p-4

cette action controversée, la mesure va rester assez peu efficace, puisqu'un nombre peu élevé de sites dits djihadistes seront fermés par son biais, les mesures de suppression et de déréfèrement restants nettement préférées au blocage, car plus simples à mettre en place et moins sujettes à alimenter des polémiques autour de l'éthique.

Le représentant de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, chargé de contrôler le dispositif prévu par la loi du 13 novembre 2014, avait remis un premier rapport pour l'année 2015-2016. Selon Libération, les chiffres du ministère de l'Intérieur s'élevaient en janvier 2016 à 283 sites bloqués, 240 sites pédopornographiques contre 43 sites pour apologie du terrorisme, et à 511 URL déréférées, 323 pour pédopornographie et 188 pour apologie du terrorisme⁷⁴⁷. Selon les chiffres du rapport d'évaluation, entre le 11 mars 2015 et le 29 février 2016, 1439 demandes de retrait de contenus ont été examinées, dont une majorité pour apologie du terrorisme : 1286 contre 153 pour la pédopornographie, avec un pic après les attentats. Les chiffres des mesures de blocages administratifs en revanche sont plus faibles, 68 sites terroristes sont fermés contre 244 à caractère pédopornographique. Côté déréfèrement, le rapport révèle que 855 pages ont été concernées : 386 sont déréférées pour apologie et 469 pour pédopornographie. Le rapporteur, s'il ne constate pas d'abus, constate que les sites bloqués sont régulièrement recréés⁷⁴⁸. Ce que nous apprennent ces chiffres, qui évoluent légèrement avec la réévaluation trimestrielle, sur l'année 2015, l'année de lancement en plein contexte terroriste, c'est bien que les mesure de retrait et de déréfèrement sont plus efficaces que le blocage administratif des sites, et plus utilisées.



Ces différents tableaux et graphiques sont extraits du rapport remis par Alexis Linden en février 2016 et illustrent bien les arguments qui avancent que le retrait et le déréfèrement sont plus efficaces que le blocage administratif⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Le ministère de l'intérieur avait transmis ces chiffres au journal Libération, voir l'article de Amelle Guitton, « Terrorisme. Blocages de sites web, le bilan de la Cnil », Libération, du 15 avril 2016

⁷⁴⁸ Rapport d'activité 2015, de la personne qualifiée, prévue par l'article 6-1de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, créé par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, mars 2015 à février 2016

⁷⁴⁹ Rapport d'activité 2015, de la personne qualifiée, prévue par l'article 6-1de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, créé par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, mars 2015 à février 2016

En conclusion, Trouver une solution satisfaisante et pleinement efficace est complexe, et ne semble pas passer seulement par le blocage et la suppression des sites. Si Pharos est très utile, elle n'est pas infaillible. Frederick Douzet le dit bien sur la mesure de blocage, « *la mesure est techniquement contournable, en reconfigurant sa connexion Internet pour se tourner vers des serveurs qui ne sont pas soumis à la loi française. Autrement dit, le blocage permet de limiter l'exposition des jeunes mais n'empêchera pas une personne déterminée de trouver les moyens d'accéder au contenu.* »⁷⁵⁰. La sanction va donc se déplacer des sites aux spectateurs, plutôt que de supprimer la racine, on va favoriser la dissuasion en s'attaquant au récepteur. On fait le même constat au Royaume-Uni, qui avait également pris des mesures de blocage, et constaté leur insuffisance⁷⁵¹. Il a ensuite aussi adopté des mesures drastiques et critiquées pour éradiquer le discours à travers son visionnage. Le projet de loi sur la lutte contre le terrorisme et la sécurité des frontières de 2019, était venu mettre à jour l'ancienne infraction « *d'obtention d'informations susceptibles d'être utiles à une personne commettant ou préparant un acte de terrorisme* », afin qu'elle sanctionne la visualisation répétée ou la diffusion de propagande en ligne. Une personne ayant regardé des fichiers terroristes de manière répétée pouvait encourir une peine de prison pouvant aller jusqu'à 15 ans. La France va prendre des mesures similaires dès 2016, avec le délit de consultation habituelle de sites djihadistes. Dans les deux cas, ces différentes législations nous poussent à nous interroger sur la notion d'anticipation en droit, et sur la possibilité de sanctionner la pensée plus qu'un acte.

A noter que la législation a évolué à un niveau européen en 2021, soit bien après le début de nos travaux. Le règlement européen (UE) 2021/784, du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, est entré en vigueur et vient primer sur notre droit national. Il oblige les plateformes à retirer dans l'heure tout contenu à caractère terroriste notifié par les autorités. Ce règlement est né d'une coopération volontaire entre les Etats de l'UE et certaines plateformes et réseaux sociaux, dont Facebook. Il est venu uniformiser la législation pour éviter que s'appliquent différentes lois nationales et donc un morcellement.

La législation a donc évolué depuis le début de nos travaux, ainsi que la pratique judiciaire, aussi il sera intéressant à l'avenir de se pencher sur les résultats de cette coopération et de cette uniformisation de la législation, pour mesurer son efficacité.

25 La propagande comme élément à charge : une répression contre les spectateurs

La loi du 3 juin 2016, n°2016-731 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, entre en vigueur via l'utilisation de la procédure accélérée, engagée par le gouvernement le 3 février

⁷⁵⁰ Frédéric Douzet, « *Le cyberspace, troisième front de la lutte contre Daech* », Dans Hérodote 2016/1-2 (N° 160-161), pages 223 à 238

⁷⁵¹ Macdonald Stuart, Correia Sara Giro, Watkin Amy-Louise, "Regulating terrorist content on social media: automation and the rule of law", Published online by Cambridge University Press: 20 June 2019

2016. Le texte, après réunion de la commission mixte paritaire, est adopté à l'Assemblée le 19 mai et par le Sénat le 25 mai. La loi est ensuite promulguée le 3 juin 2016 et publiée au Journal officiel le 4 juin. Elle s'inscrit dans une réelle frénésie législative, qui vise à endiguer la menace terroriste depuis 2012, et encore plus depuis 2014, en adoptant des mesures restrictives dans l'urgence, via la procédure accélérée, pourtant censée être un recours exceptionnel, en raison du danger qu'elle fait peser sur la séparation des pouvoirs. L'utilisation régulière, pour ne pas dire systématique, de cette procédure accélérée pour faire passer les lois antiterroristes entre 2014 et 2021 montre bien l'urgence sécuritaire créée par le contexte et la menace terroriste en France. On assiste, pour reprendre le professeur Elina Lemaire, à la normalisation d'une mesure dite dérogatoire⁷⁵², qui en dit bien long sur l'impact du terrorisme sur les institutions pénales. La volonté de museler le discours djihadiste s'intègre dans cette vague de frénésie et d'urgence en matière de lois. Cette grande loi phare de la lutte contre le terrorisme djihadiste prend des mesures fortes, parmi lesquelles on trouve des mesures punitives et controversées pour lutter activement contre la propagande djihadiste et le cyber-djihad. Elle instaure un nouveau délit de consultation habituelle de sites djihadistes, qui intègre le code pénal à l'article 421-2-5-2, et qui dit dans sa rédaction issue de la loi du 28 février 2017 : « *Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service* ». Ce qui est innovant avec cette mesure, c'est qu'elle ne vient pas sanctionner les producteurs et les diffuseurs de la propagande, mais les simples spectateurs, soit ceux qui la consultent régulièrement. Il ne s'agit plus seulement de supprimer les contenus et de bloquer les sites, mais d'interdire pénalement l'accès en faisant peser un risque de sanction financière, mais aussi d'emprisonnement. L'apport du délit de consultation habituelle de sites djihadistes, c'est le fait que consulter de la propagande devienne une infraction dite terroriste, un élément à charge, sanctionné sévèrement en tant que tel. La propagande est un objet généralement politique, et le plus souvent laissé en dehors du droit, la seule exception vraiment notable à cette

⁷⁵² Lemaire Elina, « *La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire* », Jus Politicum, revue internationale de droit constitutionnel, 5 juillet 2017

remarque remonte au XIX^{ème} siècle, et concerne la propagande anarchiste, punie par les lois rebaptisées les lois scélérates par Jean Jaurès, Léon Blum et Emile Pouget⁷⁵³.

Avec la loi de 2016, au même titre que la propagande anarchiste, le discours djihadiste est interdit pour ce qu'il représente et est susceptible d'encourager ou de provoquer : les attentats et les départs vers le djihâd sur zone irako-syrienne. Son adoption en procédure accélérée, malgré des controverses, nous pousse à nous interroger sur le terrorisme comme l'objet d'un droit pénal spécial, dérogatoire, fait de mesures fortes et potentiellement liberticides, qui visent à limiter le risque terroriste. Bien qu'adopté dans un contexte exceptionnel, pour répondre à un climat terroriste omniprésent, ce nouveau délit est controversé, sa légalité est interrogée et contestée. Disproportionné, il participerait à une politique d'anticipation du risque d'attentat, qui place la sanction en amont d'un véritable acte préparatoire ou d'un danger avéré⁷⁵⁴. La sanction va désormais se déplacer du site vers les spectateurs avec pour objectif de dissuader et punir, sa consultation devient une infraction à part entière, il est désormais interdit de la consulter régulièrement sans motif valable au risque d'être poursuivi. La polémique va conduire à une double censure du délit par le Conseil Constitutionnel et à plusieurs tentatives pour le réinstaurer du côté des juges et du législateur.

Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, JORF n°0210, publiée au JO le 10 septembre 1986.

Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes

Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, JORF n°70, publiée au JO le 23 juillet 1996.

LOI no 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme

LOI no 97-1273 du 29 décembre 1997 tendant à faciliter le jugement des actes de terrorisme

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

⁷⁵³ La loi du 28 juillet 1894, la troisième de la série de trois, interdit directement aux anarchistes tout type de propagande. Elle débouche sur une importante répression et sur l'interdiction de journaux réputés anarchistes.

⁷⁵⁴ Visade Sophie, « *Inconstitutionnalité du délit de consultation habituelle de sites terroristes : la répression préventive a ses limites* », la Gazette Juridique, n°17, avril 2017

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59, publiée au JO le 10 mars 2004.

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, JORF n°0020, publiée au JO le 24 janvier 2006.

LOI n° 2008-1245 du 1er décembre 2008 visant à prolonger l'application des articles 3,6 et 9 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

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

Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089, publiée au JO le 15 avril 2011.

Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, JORF n°0298, publiée au JO le 22 décembre 2012. Utilisation de la procédure accélérée

Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, JORF n°0263, publiée au JO le 14 novembre 2014. Utilisation de la procédure accélérée

LOI n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement **Utilisation de la procédure accélérée**

Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, JORF n°0270, publiée au JO le 21 novembre 2015. Utilisation de la procédure accélérée

Loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageur, JORF n°0070, publiée le 22 mars 2016. Utilisation de la procédure accélérée

Loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, JORF n°0129, publiée au JO le 4 juin 2016. Utilisation de la procédure accélérée.

Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, JORF n°0169 du 22 juillet 2016. Utilisation de la procédure accélérée.

LOI n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Utilisation de la procédure accélérée.

Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, JORF n°0051, publiée au JO le 1er mars 2017. **Utilisation de la procédure accélérée.**

Loi n°2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n°55-381 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Utilisation de la procédure accélérée.

Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Utilisation de la procédure accélérée.

LOI n° 2020-1023 du 10 août 2020 instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine. Utilisation de la procédure accélérée.

LOI n° 2020-1671 du 24 décembre 2020 relative à la prorogation des chapitres VI à X du titre II du livre II et de l'article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure. Utilisation de la procédure accélérée.

L'encadré retrace trente-cinq ans de législation antiterroriste, depuis la première grande loi de 1986, qui exclut le terrorisme des juridictions ordinaires et crée une justice spéciale, la dernière loi de 2021. Les lois surlignées en gras sont de grandes lois dédiées aux poursuites terroristes, les autres sont des lois plus larges contenant des dispositions relatives au terrorisme. En trente-cinq ans, vingt-huit lois touchant au terrorisme ont vu le jour, dont dix-huit qui traitaient exclusivement cette question. Si on constate un pic dans les années 90, entre 1991 et 1997, avec l'adoption de trois grandes lois formatrices et quatre lois apportant des mesures complémentaires, celui-ci est incomparable avec celui des années 2010, entre 2012 et 2014. Entre 2012 et 2014 c'est douze grandes lois qui sont adoptées, six qui luttent contre le terrorisme et notamment contre le cyber-djihad (2012, 2014, 2016 et 2016, 2017, 2021), cinq relatives à l'état d'urgence, dont l'une fait basculer des mesures dérogatoires propres à l'état d'urgence dans le code pénal en 2021 (2015, 2016, 2016, 2017 2020), et une relative à un régime de sûreté post prison, censurée par le Conseil Constitutionnel (2020). C'est aussi deux lois sur la sécurité intérieure et les renseignements qui viennent renforcer le régime anti-terroriste. Toutes ces lois ont été adoptées via la procédure accélérée, engagée par le gouvernement. On assiste donc bien à une inflation législative en la matière, avec la création de nouvelles infractions (entreprise individuelle terroriste, apologie, consultation régulière de sites...) et renforcement d'autres (renseignement, garde à vue, AMT...), ainsi que des mesures de sécurité (fouilles, fermetures de lieux...). La centralité de l'urgence est également visible avec la procédure accélérée. La plus grosse inflation se produit après l'entrée en scène de Daesh, surtout après les attentats. La loi du 3 juin s'inscrit pleinement dans cette frénésie.

La loi du 3 juin 2016 instaure donc un nouveau délit de consultation habituelle de sites terroristes, nouveau mais souhaité depuis longtemps par une partie de la classe politique, qui le considère nécessaire pour éradiquer la propagande djihadiste et surveiller ceux qui consultent les sites djihadistes. La pénalisation de la consultation de propagande terroriste est en réalité un débat farouche qui a perduré pendant plusieurs années et opposé la droite, très favorable à son instauration, à la gauche plus défavorable. Dès mars 2012, après l'opération policière ayant conduit à la mort de Mohamed Merah, Nicolas Sarkozy, président de la république, avait promis la chose suivante : « *Toute personne qui consultera de manière habituelle des sites internet qui font l'apologie du terrorisme ou qui appellent à la haine et à la violence sera punie pénalement* »⁷⁵⁵. Le Conseil d'Etat s'était exprimé, dans un avis du 5 avril 2012, très largement en défaveur de cette infraction, au motif que ces dispositions portaient une atteinte disproportionnée à la liberté de communication et ne permettaient pas de lutter efficacement contre le terrorisme. A partir de 2012, cette question reste néanmoins au cœur des débats politiques avec la montée croissante du terrorisme djihadiste. A partir de 2012, plusieurs tentatives pour instaurer ce délit sont organisées par l'opposition, surtout via des propositions de loi et d'amendements portées devant le Sénat ; notamment en 2012 avec le projet de lois défendu par le ministre Manuel Valls, et en 2014 avec la loi Cazeneuve. Le 17 décembre 2015, Philippe Bas, alors président de la commission des lois, dépose un projet de loi « *tendant à*

⁷⁵⁵ Voir le discours de Nicolas Sarkozy du 22 mars 2012 sur Dailymotion <https://www.dailymotion.com/video/xpm4r5>

renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste », qui veut instaurer une infraction venant sanctionner systématiquement et très largement la consultation de propagande, en dépit d'un critère de quantité ou de bonne foi⁷⁵⁶. Adopté en première lecture au Sénat, le texte est finalement détrôné par le projet de loi « *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement* », qui verra aboutir la loi du 3 juin 2016.

C'est finalement avec cette loi du 3 juin, après des années de débats, que l'infraction voit le jour, poussée surtout par le Sénat. Bien que repoussé par l'Assemblée dans un premier temps, le texte est voté par le Sénat après avoir passé la commission mixte paritaire, où il est validé, il est finalement adopté en procédure accélérée, grâce à une majorité. La condition de son adoption tient à l'ajout de la mention relative aux professionnels, sur « *la bonne foi* » et « *l'exercice normale de la profession* ». Ce que montre concrètement l'adoption du délit de consultation habituelle de sites terroristes, c'est l'impact majeur du discours djihadiste de l'Etat Islamique en France, puisqu'un délit qui a longtemps divisé, et été repoussé, a fini par emporter un consensus suffisant pour intégrer le code pénal et venir sanctionner sévèrement la consultation de propagande djihadiste dans un cadre très large. Cette remarque est un point central de notre réflexion, puisqu'elle montre la particularité du discours de l'Etat Islamique et de sa portée en France, qui a été suffisamment exceptionnelle pour qu'émerge en réponse une législation qui est tout aussi exceptionnelle.

14.1 La lutte contre le discours : le paradigme de l'ennemi à l'épreuve du droit

Pour la chercheuse Raphaëlle Theyry, l'apologie du terrorisme et le délit de consultation habituelle de sites terroristes s'inscrivaient dans « *une logique de « tolérance zéro », cherchant à tuer le mal à la racine, quitte à empiéter très largement sur les libertés individuelles et à faire peser un danger important sur la liberté d'expression.* »⁷⁵⁷. A partir de la loi de 2016, le discours djihadiste est interdit pour ce qu'il représente et pour ce qu'il est susceptible d'encourager ou provoquer. Il semble participer à une logique d'anticipation par le jeu de la sanction pénale pour limiter un risque très éventuel mais non nécessaire d'attentat. En effet, il semble que la France s'inscrive dans la volonté d'anticiper au maximum le risque terroriste par le biais de la sanction et notamment de la peine. On retrouve cette dynamique par exemple en matière de départ et tentative de départ sur zone : on pose l'hypothèse selon laquelle la personne partie ou qui a voulu partir montre des signaux fort de radicalisation, et pourrait commettre un

⁷⁵⁶ Proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste : au Sénat par Philippe Bas (Manche - Les Républicains)

⁷⁵⁷ Theyry Raphaëlle, « *Peut-on punir le terrorisme ?* », Collège international de Philosophie, « Rue Descartes » 2018/1 N° 93 | pages 72 à 84

acte terroriste, on va donc sanctionner de manière systématique par de la prison pour endiguer ce risque⁷⁵⁸. Le discours s'intègre lui aussi dans cette idée de risque, puisqu'il participerait au processus de radicalisation, de recrutement, de départ et de passage à l'acte. Plus que punir un comportement, un acte concret et matériel, le délit de consultation habituelle semblait vouloir prévenir la commission d'une infraction. En clair, il s'agissait de prévenir très en amont un potentiel processus de radicalisation pouvant mener à un attentat. On a pensé sanctionner directement le spectateur pour éviter que celui-ci s'expose à un discours pouvant contribuer à un processus de radicalisation et à un passage à l'acte. C'est cela qu'entend Raphaëlle Thery par l'expression « *tuer le mal à la racine* » : il s'agissait de prévenir dès les premières racines la radicalisation, qui pourrait découler de l'exposition régulière au discours⁷⁵⁹. On va partir du postulat que celui qui s'expose régulièrement au discours risque de se radicaliser et de représenter un danger, on va donc le punir pour l'éviter, et pénaliser pour dissuader d'autres de consulter de la propagande. L'idée qu'il s'agissait d'une mesure d'anticipation nous amène à repenser la théorie dite du droit pénal de l'ennemi, théorisée par le juriste allemand Gunther Jakobs en 1985⁷⁶⁰. Cette répression de la propagande, et l'objectif qu'elle poursuit, doivent nous pousser à nous interroger sur le lien qu'elle entretient avec ce qu'on peut appeler le droit pénal « *de la dangerosité* »⁷⁶¹. Le droit va donc venir interdire la propagande djihadiste, pour lutter contre l'Etat Islamique et limiter le risque terroriste. Il se rapproche d'ici d'autres lois, assez rares, venues interdire et sanctionner le discours, comme le UK Prevention of Terrorism Act de 1974, qui interdisait l'IRA au Royaume Uni⁷⁶², mais surtout comme les lois scélérates, en France, qui venaient sanctionner l'anarchisme, et interdisait la propagande et l'apologie⁷⁶³.

14.1.1 Interdire la propagande dans une logique d'anticipation du risque

Pour Gunther Jakobs, le droit pénal de l'ennemi est celui qui va opposer l'ennemi au citoyen. L'ennemi est celui qui, mis au ban de la société à cause de son acte et de ce qu'il est, va se voir dépossédé du statut de personne, et ne dispose plus des mêmes garanties au procès que le citoyen : « *l'aspect personne fait un pas en arrière et l'aspect ennemi vient sur le devant de la scène [...] parce qu'on ne peut plus attendre de la personne un comportement conforme*

⁷⁵⁸ Mégie Antoine, Pawella Jeanne, « *Les procès correctionnels des filières djihadistes. Juger dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme* », dans Les Cahiers de la Justice, 2017/2 n°2, pages 235 à 261

⁷⁵⁹ Thery Raphaëlle, « *Peut-on punir le terrorisme ?* », Collège international de Philosophie, « Rue Descartes » 2018/1 N° 93 | pages 72 à 84

⁷⁶⁰ Il présente sa théorie en 1985 au congrès des enseignants de droit pénal, qu'il va ensuite systématiser : Günther Jakobs, « *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* », Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97 (4), 1985, p. 751-785

⁷⁶¹ Giudicelli-Delage Geneviève, « *Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi* », Dalloz, « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2010/1 n° 1 pages 69 à 80

⁷⁶² Chaliand Gérard et Blin Arnaud, *Histoire du Terrorisme : De l'Antiquité à Daech*, éditions Fayard, 2016, 864 pages

⁷⁶³ De Pressengé Francis, un Juriste (Léon Blum), et Pouget Émile, *Les lois scélérates de 1893-1894*, Paris, Éditions de la revue blanche, 1899

à la loi dans l'avenir »⁷⁶⁴. C'est l'opposition du droit commun à un droit d'exception, réservé à l'ennemi, dont la figure du terroriste est le paradigme. Fabrice Roland Bikkie le résume ainsi : « ce paradigme nouveau serait caractérisé entre autres par la sévérité des peines, mettant à mal les principes de nécessité et de proportionnalité, par le recul des garanties du procès équitable et par la punissabilité anticipée »⁷⁶⁵. Pour Raphaëlle Thery, le droit pénal de l'ennemi se distingue du droit pénal du citoyen sur deux points fondamentaux : « quant à la conception du sujet de droit, à partir d'une modulation de l'intensité de la notion de personne en tant que support de droits et d'obligations : on pourrait dire, en quelque sorte, que l'ennemi est une personne moins « épaisse » que le citoyen. Dans le droit pénal du citoyen, l'individu puni est traité comme un membre de la communauté politique au nom de laquelle il est jugé, et bénéficie, en vertu d'une telle appartenance, de garanties procédurales [...] Les conditions sont ici réunies pour que la « prémisses démocratique » puisse s'appliquer. Dans le second cas, en revanche, l'infracteur s'est mis au ban de la communauté politique par son acte, et devient dès lors susceptible d'être traité en « ennemi ». » ; et « l'orientation de la pénalité : dans le droit pénal du citoyen, la réponse pénale est avant tout répressive, punitive, et fortement indexée au concept de culpabilité ; dans le droit de l'ennemi, la réponse pénale est moins punitive que préventive, et indexée au concept de dangerosité, bien plus large que celle de culpabilité. »⁷⁶⁶. Le droit pénal de l'ennemi viendrait sanctionner l'individu pour ce qu'il est et pour ce qu'il pourrait faire, plus que pour ce qu'il a fait ou même commencé à faire. Il s'agit d'un droit où la dangerosité potentielle prime sur la culpabilité, sur l'acte, et qui repose sur une application très extensive de l'élément matériel⁷⁶⁷.

On le voit bien, dans le délit de consultation habituelle on trouve des marques très fortes de ce droit pénal de l'ennemi : il s'agissait d'un délit largement basé sur l'anticipation d'un risque, où étaient sanctionnés des comportements comme complices d'une infraction de terrorisme, sans que l'élément matériel terroriste soit caractérisé. Le délit visait à écarter des individus potentiellement et non nécessairement dangereux. Il venait sanctionner pour limiter un danger éventuel non avéré de radicalisation et d'attentat sur le sol français. En effet, regarder de la propagande, penser, ou même approuver n'est pas forcément agir, et il est envisageable qu'une personne qui consulte de la propagande pour différentes raisons ne passe jamais à l'acte,

⁷⁶⁴ Jakobs Günter, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », « Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », ° 1/2009 de la Revue de Science Criminelle et de droit comparé

⁷⁶⁵ Roland Bikkie Fabrice, « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi », La Revue des droits de l'homme, 11 | 2017, mis en ligne le 23 décembre 2016, consulté le 01 mai 2019

⁷⁶⁶ Thery Raphaëlle, « Peut-on punir le terrorisme ? », Collège international de Philosophie, « Rue Descartes » 2018/1 N° 93 | pages 72 à 84

⁷⁶⁷ Cahn Olivier, « Droit pénal de l'ennemi - Pour prolonger la discussion... », Numéro spécial consacré à la notion de Droit pénal de l'ennemi, Jurisprudence, Revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015

on est donc très clairement ici dans une logique d'anticipation propre au droit pénal de l'ennemi. On est bien dans le droit pénal de la dangerosité, qui fait primer l'anticipation du risque sur la culpabilité et surtout sur des actes matériels et sur un commencement d'exécution⁷⁶⁸. Les motifs qui peuvent conduire à consulter ces fichiers sont variables, ils vont de la curiosité à l'attraction ou encore à l'approbation. On se rapproche nettement de la définition de Geneviève Giudicelli-Delage, qui parle de dangerosité détachée de la culpabilité: « *Une dangerosité sans culpabilité* », *parce que la dangerosité s'autonomise, devient un concept détaché de l'infraction pénale, légitimant, après l'exécution de la peine, non seulement des mesures de soins et de surveillance, mais encore, avec la rétention de sûreté, un enfermement de durée indéterminée, le seul lien entre la surveillance ou l'enfermement et l'infraction pénale tenant au fait qu'une peine a été précédemment prononcée et exécutée pour un acte faisant partie d'une liste d'infractions, qui, selon le législateur, laisseraient présumer la dangerosité de leurs auteurs.* »⁷⁶⁹. On va parler de droit pénal non plus du comportement mais de l'auteur, avec la dangerosité qui vient comme fondement de l'anticipation⁷⁷⁰. Et c'est bien cela qu'on retrouve ici, le droit et les institutions vont punir un comportement comme une infraction terroriste, alors que celui-ci consiste à visionner des fichiers, sans que soient prouvées d'intentions criminelles, à raison du sujet et du danger éventuel qui pourrait découler de cet acte. Ce qui est d'autant plus frappant ici, c'est que le plus souvent l'ennemi contre lequel on entend lutter est français, il s'agit donc d'une lutte interne, où des citoyens français se retrouvent mis au ban de la société à raison d'avoir regardé des fichiers de propagande⁷⁷¹. Les infractions terroristes emportent une importante stigmatisation en raison du sujet, ici on condamnerait des gens qui ne sont pas nécessairement des terroristes au titre du terrorisme, ce qui est lourd de sens. Le droit pénal de l'ennemi, en matière terroriste, c'est celui de l'humain qui s'oppose à celui de l'inhumain, dont on ne peut attendre un comportement raisonnable, un droit qui oppose l'audible à l'inaudible⁷⁷². Regarder de la propagande djihadiste participe à quelque chose d'inacceptable, d'inaudible, à raison du contenu, c'est aussi pour ça que cela doit être sanctionnable.

Dans la première version du texte, issue de la loi du 3 juin 2016, ce constat basé sur l'anticipation du risque allait loin, le délit incriminait le fait de : « *consulter habituellement et*

⁷⁶⁸ Giudicelli-Delage Geneviève, « *Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi* », Dalloz | « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2010/1 N° 1 | pages 69 à 80

⁷⁶⁹ Giudicelli-Delage Geneviève, « *Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi* », Dalloz | « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2010/1 N° 1 | pages 69 à 80

⁷⁷⁰ Corroyer Jason, « *Droit pénal de l'ennemi et anticipation* », Numéro spécial consacré à la notion de Droit pénal de l'ennemi, Jurisprudence, Revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015

⁷⁷¹ Cahn Olivier, « *Droit pénal de l'ennemi - Pour prolonger la discussion...* », Numéro spécial consacré à la notion de Droit pénal de l'ennemi, Jurisprudence, Revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015

⁷⁷² Delmas-Marty Mireille, « *Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain* », « *Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain* », ° 1/2009 de la Revue de Science Criminelle et de droit comparé

sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ». Ce qui frappait dans cette première version du texte, c'est la façon dont la mesure s'appliquait de façon large, sans faire de différence entre curiosité, information et implication dans l'idéologie djihadiste. En clair, être ouvertement d'accord ou impliquée dans l'idéologie djihadiste n'était pas un critère pour être condamné. La seule exception concernait les professionnels comme les journalistes et les chercheurs, considérés comme de bonne foi, puisqu'ils consultent lesdits sites dans le cadre de « *l'exercice normal de leur profession* ». Cette précision montre que toute personne en dehors de ce cadre spécifique pouvait être sanctionnée pour avoir consulté des fichiers de propagande de manière habituelle. L'expression « *de manière habituelle* », en l'absence de toute précision permettait également une interprétation vraiment très large de l'infraction. L'élément matériel était flou, et revenait à criminaliser un comportement comme complice de terrorisme, alors même qu'aucune condition dans le code pénal ne permettait de dire qu'il s'appliquait exclusivement à des sympathisants. On pouvait donc en conclure qu'il s'appliquait donc aussi potentiellement aux spectateurs qui se contentaient de regarder et de consulter dans une démarche non partisane, quelle qu'elle soit. Aussi, la personne curieuse, attirée par des contenus morbides ou en recherche d'informations, en dehors de toute implication dans le djihad, comme la personne convaincue par l'idéologie mais en dehors de tout contact actif avec la sphère djihadiste ou projet terroriste, pouvaient potentiellement être condamnées. On analyse ici une définition très large du risque et de l'anticipation, qui ne peut que nous pousser à faire le rapprochement avec le droit pénal de l'ennemi. On perçoit l'existence d'une version radicale de ce droit pénal de l'ennemi, puisqu'on va sanctionner également des personnes qui ne posent à priori pas à proprement parler de risque éventuel. Alors que l'on s'inscrit déjà dans l'exception, en pénalisant non pas une infraction consommée mais un comportement en amont, on est ici dans l'exception de l'exception en élargissant la notion de risque à des personnes qui ne sont pas nécessairement attirées par un groupe terroriste en soi, mais pourrait le devenir éventuellement une fois exposées au discours.

Ce n'est qu'en 2017, après l'abrogation de la première version du délit par le Conseil Constitutionnel, qui faisait suite à une QPC⁷⁷³, qu'est réintroduite une nouvelle version de

⁷⁷³ Décision n°2016-611 QPC du 10 février 2017, abrogeant l'article 421-2-5-2 du code pénal issu de la loi du 3 juin 2016

l'article 421-2-5-2 dans le code pénal par la loi n° 2017-258 du 28 février 2017, relative à la sécurité publique⁷⁷⁴. Le Conseil soulignait justement l'absence de précision quant à la condition de l'adhésion à l'idéologie pour caractériser l'infraction. Cette nouvelle version incluait une condition positive par une mention brève et peu explicite ajoutée à l'article 421-2-5-2 : « *lorsqu'elle s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie* ». Mais là aussi, cela revenait à affirmer que regarder des fichiers constituait un comportement criminel qui se rattachait à du terrorisme, en dehors de tout passage à l'acte caractérisé ou projet terroriste. En somme, on retrouvait toujours cette volonté d'anticiper largement, en traitant le fait de consulter de la propagande comme un acte préparatoire, mais avec cette condition d'adhérer manifestement à l'idéologie, qui exclut les simples curieux. On se retrouve ici dans une version plus classique du droit pénal de l'ennemi⁷⁷⁵, résumé par Christine Lazerges et Hervé Henrion-Stoffel : « *Le principe classique réside dans l'absence de répression des actes préparatoires, dès lors qu'en vertu de l'article 121-5 du code pénal, il n'y a pas de tentative punissable sans « commencement d'exécution ».* Cela étant, Günther Jakobs précise clairement que le droit pénal devient « prospectif » en étendant son filet à des comportements non pas univoques mais équivoques (« *anticipation de la conduite pénale non réalisée* »). C'est très clairement le cas de la répression d'actes préparatoires, voire de la répression d'actes préparatoires aux actes préparatoires. En effet, le législateur contourne ostensiblement l'interdiction de punir en amont d'un commencement d'exécution en érigeant en infraction ce qui en réalité constitue une simple étape intellectuelle ou matérielle préalable au commencement de l'infraction et devrait donc échapper à toute répression. C'est l'irruption d'un droit pénal du risque réprimant des comportements dont les conséquences dommageables ne sont pas certaines, mais simplement possibles, voire probables. »⁷⁷⁶. On censure le discours en sanctionnant, au nom d'un risque possible, loin d'être certain. On va se placer en amont de l'acte qu'on veut éviter, l'attentat, en annihilant l'une de ses causes possibles. Le délit sanctionne en amont d'un commencement d'exécution et même de véritables actes préparatoires, pour finalement punir comme complices des individus qui n'ont matériellement pas participé à un crime. Le fait de consulter des fichiers devient un acte préparatoire et cela au sens large, en l'absence de précision sur ce que doit contenir ce fichier pour être sous le prisme d'une mesure pénale. Le sens de la peine, qui est entendu comme : « *l'idée selon laquelle, pour qu'une peine soit une bonne peine, elle doit avoir*

⁷⁷⁴ L'infraction est abrogée à la suite de la QPC n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, qui censure l'article du code pénal, le requérant faisant notamment valoir le fait que l'infraction demeurerait extrêmement imprécise et violent ainsi le principe de légalité.

⁷⁷⁵ Jakobs Günther, « *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi* », « *Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain* », ° 1/2009 de la Revue de Science Criminelle et de droit comparé

⁷⁷⁶ Lazerges Christine et Henrion-Stoffel Hervé, « *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi* », Dalloz, « *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* », 2016/3 N° 3 | pages 649 à 662

un sens, être considérée comme légitime au moins en droit par celui qui est condamné. »⁷⁷⁷, s'efface radicalement du point de vue de l'individu condamné. Il n'est pas certain du tout que la mesure ait un sens pour des personnes qui se retrouvent poursuivies pour une infraction de nature dite terroriste, sans que soit prouvée d'intention criminelle. Il est en effet difficile de légitimer une peine qui agit par anticipation d'un risque qui peut s'avérer en réalité inexistant. La seule possibilité d'anticiper, de pouvoir punir avant même la commission d'acte préparatoires, interroge et paraît dangereuse, puisqu'elle met notablement en péril la sauvegarde des droits fondamentaux, en permettant d'interdire, de sanctionner, au nom d'un risque non prouvé. Cette possibilité est d'autant plus inquiétante si elle vient à s'étendre au-delà des questions urgentes de terrorisme, or, plusieurs dispositions relatives à l'Etat d'urgence sont passées dans le droit commun avec la loi du 30 juillet 2021⁷⁷⁸.

Pour conclure, On peut lire deux choses dans le délit de consultation habituelle de site terroristes : la volonté de museler un discours inaudible et inacceptable, mais aussi d'anticiper le risque d'attentats. Si de nombreux chercheurs reconnaissent l'existence d'une législation pénale de l'ennemi en matière terroriste⁷⁷⁹, d'autres, comme Antoine Garapon, la rejettent et rejettent donc l'idée qu'il existe un consensus sur la question : *« Ça ne s'explique pas tellement au droit pénal de l'ennemi, on reste dans un discours politique du monde ancien. On est dans un cadre spécialisé, le djihadisme est un acte qui fait exploser les catégories dans l'idée d'un effondrement de l'espace, c'est complètement différent, c'est beaucoup plus fort. On craint dans le terrorisme djihadiste c'est une explosion de l'espace, des catégories, du temps et de l'espace, en ce sens symptomatique de quelque chose de très contemporain. On plus dans quelque chose qu'est le combat, l'ennemi reste spécialisé dans un espace commun.* »⁷⁸⁰. Le délit de consultation semble pourtant s'intégrer dans une politique d'anticipation du risque, en sanctionnant le seul fait de consulter de la propagande en ligne, pour contrer une éventuelle radicalisation. S'il est exceptionnel de sanctionner les spectateurs pour dissuader et anticiper,

⁷⁷⁷ Thery Raphaëlle, « *Peut-on punir le terrorisme ?* », Collège international de Philosophie, « Rue Descartes » 2018/1 N° 93 | pages 72 à 84

⁷⁷⁸ A ce titre, les travaux de Raphael Kempf sur le parallèle entre antiterrorisme et gilet jaune est intéressant. Il montre comment le passage dans le code pénal de certaines mesures de l'état d'urgence a impacté le droit de manifester des gilets jaunes, au nom de ce risque de violences. Kempf Raphaël, *Ennemis d'État : Les lois scélérates, des « anarchistes » aux « terroristes »*, Éditions la Fabrique, 2019, 180 pages

⁷⁷⁹ Hannachi Ahlem, « *La théorie du "droit pénal de l'ennemi"* », Docteur en droit, samedi 2 juillet 2016, Village Justice ; Raül Zaffaroni Eugenio, « *Dans un État de droit, il n'y a que des délinquants* », « *Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain* », ° 1/2009 de la Revue de Science Criminelle et de droit comparé ; Papa Michèle, « *Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international* », « *Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain* », ° 1/2009 de la Revue de Science Criminelle et de droit comparé ; Linhardt Dominique et Moreau de Bellaing Cédric, « *La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique* », *Droit et société*, 2017/3 n°97, p615 à 640 ; Ladd Kevin, « *Répondre à la menace par la menace ? La législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité* », Numéro Droit pénal de l'ennemi, Jurisprudence, Revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015 ; Giudicelli-Delage Geneviève, « *Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi* », Dalloz | « *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* », 2010/1 N° 1 | p69 à 80 ; Corroyer Jason, « *Droit pénal de l'ennemi et anticipation* », Numéro spécial consacré à la notion de Droit pénal de l'ennemi, Jurisprudence, Revue critique, *Droit pénal et politique de l'ennemi*, 2015 ; Aix Julie et Cahn Olivier, « *Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale* », *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé* 2017/4 n°4, p845 à 868

⁷⁸⁰ Entretien avec Antoine Garapon du 20 avril 2021

on constate que l'on est prêt à condamner des personnes qui n'ont pas réalisé matériellement d'infraction terroriste, n'ont pas commencé à le faire ou émis explicitement le souhait de le faire, pour anticiper un très éventuel danger. On voit bien que c'est le discours de l'ennemi qu'on cherche à museler, avec la volonté d'anticiper le plus largement possible un risque de radicalisation pouvant déboucher sur un attentat. Des individus risquent une sanction pénale en raison du danger qu'ils pourraient poser éventuellement à terme. Il est vrai qu'à partir de 2016, une partie du discours de l'Etat Islamique, avec l'appui du ministre des Attentats, Abu Mohamed Al-Adnani, invitait ouvertement les sympathisants à passer à l'acte dans leur pays, ce qui peut expliquer la volonté et l'empressement du législateur à limiter l'accès. Cependant, il faut aussi noter que le passage de la consultation à l'attentat est loin d'être une certitude. Nous rejoignons ici la chercheuse Dorothee Goetz, lorsqu'elle affirme que : « *La particularité de cette infraction est qu'elle se fonde sur un élément matériel qui n'est pas susceptible en lui-même de porter atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes. Son objet est de permettre une répression très anticipée du processus de radicalisation. Précisément, cette infraction vise à prévenir la commission d'actes de terrorisme en réprimant un comportement susceptible d'entraîner une radicalisation et, éventuellement ensuite, sans que l'on puisse l'affirmer avec certitude, un passage à l'acte terroriste.* »⁷⁸¹. Le législateur a souhaité anticiper par une approche punitive, qu'on peut qualifier de plutôt sévère.

A ce stade, deux points de vue s'affrontent : celui qui consiste à dire que le délit n'est pas proportionné, considérant que regarder des images ne fait pas forcément d'un individu un terroriste en puissance, et celui qui consiste à dire que regarder des images peut constituer un crime, preuve en est avec la pédopornographie. Ce n'est pas pour rien que le droit en matière de cyber terrorisme s'est inspiré de la législation sur la pédopornographie. C'est là que la question de la théorie du droit pénal de l'ennemi se pose, autour de l'anticipation et de la proportionnalité, et celle-ci est complexe. Il y a bien une dimension largement anticipatoire, dérogatoire, et exceptionnelle dans cette législation : l'accès aux images violentes étant souvent censuré sur Internet, mais rarement sanctionné. Néanmoins, le contenu, les victimes, et le risque de radicalisation pose question et ouvre à débat, il n'est pas envisageable de laisser ces fichiers en libre accès sur Internet. La solution la plus évidente, mais pas forcément la plus efficace à elle seule, et malgré des contraintes, semble se diriger davantage vers la suppression et la censure des contenus. Il apparaît cependant nécessaire de ne pas verser dans une législation trop

⁷⁸¹ Goetz Dorothee, « *Seconde inconstitutionnalité pour le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes* », Dalloz Actualité, criminalité organisée et terrorisme, 19 décembre 2017

anticipative, et dans une approche trop sécuritaire, pour garder intactes nos valeurs tout en continuant à lutter contre l'expansion d'un discours mortifère sur Internet.

14.1.2 Une limitation des garanties du droit et des libertés pour endiguer le risque

Ce qui caractériserait également le droit pénal de l'ennemi, ce serait le fait de limiter certains droits fondamentaux au bénéfice de la sécurité, donc de privilégier le droit à la sécurité sur les droits fondamentaux. Ainsi, les garanties au procès seraient moindres, le procès équitable appartenant au droit du citoyen, et non à celui de l'ennemi⁷⁸² ; mais les libertés fondamentales seraient également limitées si nécessaire. Ce qui définit le droit pénal de l'ennemi, c'est notamment une atténuation manifeste du principe de légalité⁷⁸³, et de la présomption d'innocence à travers la notion de culpabilité⁷⁸⁴. On assisterait à un affaïssement voire un écroulement du principe de légalité, à la mise à mal de la présomption d'innocence, et à la dilution du principe de culpabilité⁷⁸⁵. Ce nouveau délit de consultation habituelle posait en réalité plusieurs questions au moment de sa publication, à savoir quels sont les profils de ceux qui regardent régulièrement la propagande, quelle est leur implication dans l'idéologie djihadiste et le risque terroriste à proprement parler. Or, sa rédaction est volontairement large, et ne semble pas vouloir émettre de réelles conditions pour cerner et sanctionner ces profils, préférant sanctionner, ceux qui consultent « régulièrement », sans préciser ce que cela recouvre, instaurant ainsi ce qui peut ressembler à une présomption de culpabilité. En matière de délit de consultation habituelle de sites, un autre questionnement, relatif à l'effacement de certaines libertés au bénéfice de la sécurité, se pose : on va interroger le lien entre sécurité et liberté d'expression, d'information et de communication. En voulant éradiquer et pénaliser la propagande, c'est son spectre d'influence que l'on cherche à briser, et l'argumentaire djihadiste que l'on veut faire taire, son discours n'étant pas audible dans une France meurtrie par les attentats. De fait, interdire la simple consultation de sites reviendrait peut-être à faire obstacle à la liberté de penser, d'opinion et de s'informer, du moins, on voit bien pourquoi la question peut se poser. Aussi, ce délit pose donc la question très complexe de la liberté de penser et d'opinion, mais également d'information, par rapport à la sécurité, et c'est aussi en cela qu'il est intéressant de l'étudier. La question qui se pose finalement est celle de la possibilité pour le

⁷⁸² Lazergue Christine et Geneviève Giudicelli Delage, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Éditions Presses Universitaires de France, parution octobre 2011, 224 pages, Roland Bikie Fabrice, « *Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi* », *La Revue des droits de l'homme*, 11 | 2017, mis en ligne le 23 décembre 2016, consulté le 01 mai 2019, Pawella Jeanne, Mégie Antoine, « *La judiciarisation du renseignement : le cas des procès des djihadistes* », *Publié dans la Revue Hermès/CNRS – 2016*

⁷⁸³ Roland Bikie Fabrice, « *Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi* », *La Revue des droits de l'homme*, 11 | 2017

⁷⁸⁴ Lazerges Christine et Henrion-Stoffel Hervé, « *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi* », *Dalloz*, « *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* », 2016/3 N° 3 | pages 649 à 662

⁷⁸⁵ Lazerges Christine et Henrion-Stoffel Hervé, « *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi* », *Dalloz*, « *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* », 2016/3 N° 3 | pages 649 à 662

droit de limiter les libertés individuelles et les principes fondamentaux du droit, pour préserver la sécurité, pour contenir un risque éventuel mais non nécessaire.

Ces différentes interrogations ont été posées à travers deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), transmises au Conseil Constitutionnel par la Cour de cassation, par deux arrêts du 26 novembre 2016⁷⁸⁶ et du 4 octobre 2017⁷⁸⁷. Le Conseil s'est prononcé les 10 février et 15 décembre 2015 en défaveur du délit. Il nous a semblé intéressant de questionner ce droit pénal de l'ennemi à travers les griefs exposés par le requérant devant le Conseil. C'est précisément le risque sérieux d'une mise en péril des droits et libertés, surtout d'expression et de communication ; et des principes fondamentaux du droit, notamment le principe de légalité, de proportionnalité et de nécessité de la peine ; qui a conduit la Cour de cassation à transmettre les questions. En matière d'antiterrorisme, et ce de manière exceptionnelle, le Conseil exerce un contrôle plus restreint, c'est le plus souvent à posteriori, par la QPC, que s'effectue le contrôle de Constitutionnalité, et en cela aussi c'est intéressant. Pour reprendre Olivier Cahn et Julie Aix : « *le juge constitutionnel a développé une jurisprudence « élastique » qui se traduit par un « repli » du contrôle de constitutionnalité, exercé de manière plus retenue. Cette « altération de l'équilibre entre l'ordre et la liberté » se manifeste par la « restriction » du contrôle de proportionnalité et par « l'assouplissement de la norme constitutionnelle qui répond au nouvel équilibre mis en place par le législateur, entre l'ordre et la liberté, au bénéfice du premier » d'où résulte « un relâchement du contrôle ». Ainsi, ce contrôle « légitime une invasion toujours plus poussée de la sphère individuelle » et « le rempart contre l'arbitraire que représente le juge constitutionnel, est en train de se fissurer »⁷⁸⁸. Il aura fallu attendre une QPC pour que soit censuré le délit, pourtant controversé avant même son adoption. En matière de censure du discours, le législateur prend le parti d'adopter des infractions très larges, qui entretiennent un rapport complexe à la liberté d'expression et au principe de légalité, aussi plusieurs QPC seront portées à l'attention du Conseil en la matière⁷⁸⁹.*

14.1.2.1 La remise en question des principes fondamentaux du droit

Un premier débat se cristallisait autour du respect de la légalité des délits et des peines, et de l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, en l'absence de précision suffisante dans le code

⁷⁸⁶ Arrêt chambre criminelle, arrêt n° 5797 du 29 novembre 2016, Cour de Cassation, renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité relative au délit de consultation habituelle au Conseil Constitutionnel

⁷⁸⁷ Arrêt n° 2518 du 4 octobre 2017 (17-90.017) - Cour de cassation - Chambre criminelle

⁷⁸⁸ Aix Julie et Cahn Olivier, « *Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale* », Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé 2017/4 n°4, pages 845 à 868

⁷⁸⁹ Deux QPC ont porté sur le délit de consultation habituelles de sites terroristes, une sur l'apologie du terrorisme et une autre sur le recel d'apologie du terrorisme, entre 2017 et 2020.

pénal quant aux termes « habituel » et « de bonne foi »⁷⁹⁰. Le principe de légalité repose sur la formule : « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », qui signifie qu'il ne peut y avoir de crimes, de délits et contraventions sans une définition préalable de ces infractions, contenue dans un texte qui fixe leurs éléments constitutifs et la peine applicable. Le principe de légalité est un principe fondamental du droit français qui dispose dans le code pénal que : « *La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants.* », mais aussi : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention.* »⁷⁹¹. Le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi a lui valeur constitutionnelle et exige que la loi soit lisible et claire⁷⁹². Ici, en l'absence de définition précise des termes dans le texte de loi et dans l'article du code pénal, il est difficile de mettre une jauge sur la notion de régularité ou de bonne foi, la personne qui consulte de la propagande ne sait pas à quel moment elle s'expose à une sanction, ni ce qui constitue la bonne foi, elle ne sait donc pas quand elle tombe dans l'illégalité. A partir de ce constat, on voit que deux principes sont mis en péril, la légalité des délits et des peines mais aussi l'égalité devant la loi, puisque certains comportements peuvent être sanctionnés, ainsi que certaines personnes, sans que l'on sache précisément lesquels, l'absence de précision donnant un vaste champ d'interprétation au juge. Dans le cadre de la première version du texte, l'approbation au discours ne semblait pas être exigée comme preuve pouvant ouvrir à une condamnation, si on se réfère littéralement au texte, un individu curieux pouvait être condamné au motif qu'il consulte régulièrement des sites, en dépit d'une quelconque idéologie ou projet terroriste.

Ce sont plusieurs des griefs que faisait valoir le requérant, à l'initiative de la première QPC rendue le 10 février 2017 : « *Ces dispositions contreviendraient également au principe de légalité des délits et des peines et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en raison de l'imprécision des termes employés. Par ailleurs, le principe d'égalité serait méconnu à un double titre. D'une part, seules certaines personnes sont autorisées par la loi à accéder à ces contenus en raison de leur profession. D'autre part, la*

⁷⁹⁰ Visade Sophie, « *Inconstitutionnalité du délit de consultation habituelle de sites terroristes : la répression préventive a ses limites* », la Gazette Juridique, n°17, avril 2017

⁷⁹¹ Articles 111-2 et 111-3 du code pénal

⁷⁹² Benezech Ludovic, « *L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence* », Revue française de droit constitutionnel 2020/3 (N° 123), pages 541 à 563

consultation des contenus provoquant à la commission d'actes terroristes est seulement sanctionnée lorsqu'elle a lieu par internet à l'exclusion d'autres supports. »⁷⁹³. Il est clair que la dimension floue de l'article pose non seulement un obstacle au principe de légalité, mais aussi d'égalité. Il est impossible pour un individu de déterminer avec certitude si son comportement est illégal, ou encore le moment auquel celui-ci devint illégal et l'expose à des sanctions, qui peuvent aussi varier, là où un individu sera sanctionné, un autre ne le sera pas nécessairement, ou plus ou moins sévèrement. Par ailleurs, seul Internet est concerné à l'exclusion d'autres médias et supports qui donneraient accès au même contenu, ce constat nous pousse à réaffirmer le risque d'inégalité devant la loi. Enfin, la notion de bonne foi, si l'on peut comprendre l'exception qui s'adresse à certaines professions comme étant nécessaire, reste imprécise et demeure à ce titre potentiellement sujette à contestations devant la justice, puisqu'elle revient à autoriser certaines personnes seulement à consulter la propagande. Le Conseil Constitutionnel avait censuré l'article une première fois⁷⁹⁴.

Avec la loi du 28 février 2017, le législateur entendait préciser l'infraction en ajoutant la mention : « *lorsqu'elle s'accompagne de la manifestation de l'adhésion à cette idéologie* »⁷⁹⁵. En soi, il ne suffisait plus de regarder mais de manifester un accord avec ce qui était visionné. Il s'agit encore une fois de termes imprécis qui semblent bafouer la présomption d'innocence, en instaurant une présomption dite de culpabilité : celui qui regarde la propagande est puni car supposé dangereux, il est traité de facto en djihadiste. Cette présomption est contraire à l'article 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui établit une présomption d'innocence pour toute personne qui n'a pas été déclarée coupable au terme d'un procès public⁷⁹⁶. On va venir sanctionner une idéologie plus qu'un acte. On ne trouve pas de précision sur ce qu'est une manifestation de l'adhésion à une idéologie, aussi le champ d'interprétation est trop large pour ne pas contrevenir aux principes du droit. Une seconde QPC a été portée à l'attention du Conseil, qui a rendu sa décision le 15 décembre 2017. La question même des sites incriminés soulève un manque de clarté assez net et problématique : « *un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque* », puisqu'aucune précision n'est donnée quant à ses sites. Le

⁷⁹³ Décision n°2016-611 QPC du 10 février 2017

⁷⁹⁴ Décision n°2016-611 QPC du 10 février 2017

⁷⁹⁵ Nouvel article 421-2-5-2 du code pénal à partir de février 2015

⁷⁹⁶ « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.* »

requérant invoquait une seconde fois le non-respect du principe de légalité des délits et des peines, entre autres, comme grief. Le Conseil avait de nouveau censuré l'article⁷⁹⁷.

En conclusion, considérant les éléments soulignés, on assistait bien à la dilution du principe de légalité et de culpabilité, pour reprendre l'expression de Christine Lazerges et Hervé Henrion-Stoffel : « *La violation du principe de légalité ne fait aucun doute, en raison du manque de clarté et donc de prévisibilité des conduites ainsi réprimées.* »⁷⁹⁸. Concernant la culpabilité, ils affirment la chose suivante, il y aurait une « *dissociation du fondement de la répression, la culpabilité ne s'adresse qu'au citoyen, la dangerosité justifie la condamnation de l'ennemi, dont la dépersonnalisation peut être extrême. Le droit pénal de l'ennemi déshumanise les ennemis les réduisant de la sorte à leur dangerosité et les privant du principe d'égale dignité des êtres humains* »⁷⁹⁹. Ici le caractère volontairement flou et imprécis de l'infraction nous pousse à remettre en question le respect du principe de légalité, et à nous interroger sur l'application d'un droit d'exception qui serait destiné à l'ennemi. Un ennemi réduit à sa dangerosité potentielle, présumé coupable ou futurement coupable pour avoir regardé de la propagande. La définition de l'ennemi est large dans la première version, il s'agit de n'importe quelle personne qui aurait regardé régulièrement de la propagande, dans la seconde version, de manière un peu plus classique, l'ennemi est celui qui partage l'idéologie djihadiste des auteurs. Etrangement, le Conseil ne se prononce pas sur le principe de légalité, d'intelligibilité, et d'égalité devant la loi, et s'il censure, il fait donc une réponse prudente. Le conseil avait en effet préféré se focaliser sur la liberté de communication. On voit pourtant pourquoi le débat avait été soulevé, face à une infraction imprécise dans les termes, et à un élément matériel flou et extensible. La première chose dont manque le délit c'est de précision, et l'on peut supposer que ce manque de précision, s'il rend complexe l'application du texte, est volontaire pour sanctionner au cas par cas les différents profils amenés devant justice pour ces faits particuliers, et pour faire office de dissuasion pour ceux tentés de consulter ces sites.

14.1.2.2 La remise en question des droits et libertés fondamentales

Le deuxième débat qui entourait le passage de la loi, qui cristallisait une majeure partie de l'attention, notamment celle du Conseil Constitutionnel, concernait le respect de droits fondamentaux, inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et la Constitution de 1958 :

⁷⁹⁷ Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017

⁷⁹⁸ Lazerges Christine et Henrion-Stoffel Hervé, « *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi* », Dalloz, « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2016/3 N° 3 | pages 649 à 662

⁷⁹⁹ Lazerges Christine et Henrion-Stoffel Hervé, « *Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi* », Dalloz, « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2016/3 N° 3 | pages 649 à 662

la liberté de communication, d'expression et d'opinion. La liberté de communication, inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme désigne : « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen donc peut parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* »⁸⁰⁰. Ce débat rejoint celui autour de la proportionnalité et de la nécessité de la peine qui signifie que : « *La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant* »⁸⁰¹, et « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.* »⁸⁰². En somme, condamner une personne à deux ans de prison pour le simple fait de regarder de la propagande, sans que soit prouvée une intention terroriste, ne serait pas proportionné.

L'infraction semble traiter les spectateurs de la propagande automatiquement en potentiels djihadistes, c'est-à-dire qu'elle supposerait une volonté de se radicaliser, et une intentionnalité terroriste, voire une forme de complicité indirecte. Ce sont les arguments avancés par les personnes poursuivies : consulter de la propagande djihadiste ne signifie pas forcément être djihadiste soi-même ou souhaiter se radicaliser ; et approuver le discours ne signifie pas forcément être terroriste et fomenter un projet d'attentat. Dans ce cadre, regarder de la propagande, voire exprimer une adhésion, participerait à la liberté de communication, et la peine ne serait pas proportionnelle. Par ailleurs, le délit d'apologie du terrorisme existe dans le code pénal depuis 2014, pour venir sanctionner celui qui se réjouirait par exemple d'un acte terroriste, et assure un rôle de garde-fou sur Internet⁸⁰³. C'est dans ces arguments que se situe principalement l'opposition au délit et que se construit un contentieux qui va être présenté devant le Conseil Constitutionnel. Ce sont notamment ces griefs que vont faire valoir les requérants porteurs des QPC qui vont conduire à la double censure du délit, c'est aussi sur ces griefs que va s'appuyer le Conseil pour motiver ses décisions : le délit n'est pas nécessaire ou proportionné, compte tenu des mesures qui existent déjà, et il contrevient à la liberté de communication. Pour le requérant porteur de la QPC du 10 février 2017 : « *les dispositions contestées méconnaissent la liberté de communication et d'opinion dès lors qu'elles répriment la seule consultation d'un service de communication au public en ligne sans que soit exigée concomitamment la preuve de ce que la personne est animée d'intentions illégales.* » Ce à quoi

⁸⁰⁰ Article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

⁸⁰¹ Article 718.1 du Code criminel

⁸⁰² Article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

⁸⁰³ Depuis la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme du 14 novembre 2014, l'apologie du terrorisme figure à l'article 421-2-5

le Conseil avait donné raison, considérant que le délit contrevenait bien ici à la liberté de communication. Le Conseil allait plus loin que le requérant en précisant que l'infraction n'est pas utile, compte tenu de l'existence d'autres mesures suffisantes pour lutter contre le risque djihadiste sur Internet, et prévenir les infractions terroristes : *« au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste »*⁸⁰⁴

La nouvelle version de l'article avait tenté de pallier les remarques du Conseil en ajoutant la mention relative à l'adhésion à l'idéologie. Cette tentative s'était soldée par un échec après qu'une seconde QPC ait été soulevée et une décision rendue par le Conseil le 15 décembre 2017, faisant valoir peu ou prou les mêmes griefs que la première ayant abouti. Le Conseil avait fait la même réponse, en ajoutant : *« Si le législateur a ajouté à la consultation, comme élément constitutif de l'infraction, la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services, cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes. »*, rejetant ainsi la nouvelle mention qui entendait préciser l'infraction⁸⁰⁵. Le délit n'est pas proportionné, ni utile, et contrevient à la liberté de communication, principalement en raison de l'existence d'autres mesures suffisantes pour lutter contre le cyber djihad en amont de l'acte terroriste. C'est sur le respect de la liberté de communication et la proportionnalité que les détracteurs de l'infraction ont trouvé gain de cause aux yeux des sages du Conseil. Le motif invoqué par celui-ci semble assez logique, il semblerait disproportionné, au regard du droit et ses garanties, même si cela peut sembler peu audible dans une France meurtrie par les attentats, de punir un individu pour avoir simplement regardé de la propagande, cela reviendrait à le traiter partiellement en terroriste, et contreviendrait à la présomption d'innocence. Cela reviendrait à traiter ce comportement en infraction terroriste en l'absence de l'élément matériel, défini en droit comme la partie visible, extériorisée, de l'infraction qui se manifeste par la réalisation concrète des faits incriminés, nécessaire pour qualifier l'infraction⁸⁰⁶. L'idée que regarder de la propagande appartient à la liberté de communication, bien que difficile à accepter, fait sens du moment où

⁸⁰⁴ Décision n°2016-611 QPC du 10 février 2017

⁸⁰⁵ Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017

⁸⁰⁶ Salvage Philippe, *Droit Pénal Général*, Presse Universitaires de Grenoble, 2016, chapitre 2, l'élément matériel, pp33-51

il n'est pas établi que la personne qui consulte deviendra djihadiste. Par ailleurs, le délit d'apologie du terrorisme remplit déjà en partie ce même rôle de garde-fou sur Internet, pour sanctionner les excès, et Pharos opère une surveillance active sur Internet.

Force est de constater que le législateur est prêt à renoncer à une partie des garanties et à certains droits fondamentaux pour museler le discours djihadiste et anticiper un risque terroriste éventuel. Cette limitation des droits et garanties s'inscrit à la fois dans une logique d'anticipation et dans le paradigme de l'ennemi, dont la personnalité juridique est moins « épaisse » que celle du citoyen⁸⁰⁷. En conclusion, le législateur a entendu adopter une mesure à la portée et au contenu exceptionnels, au sens où celle-ci contrevenait de manière assez claire à plusieurs droits fondamentaux, et ce malgré les nombreux et anciens débats autour de son adoption et un avis explicitement défavorable du Conseil d'Etat. Mesure qu'il a ensuite adopté une seconde fois, en dépit de la censure du Conseil Constitutionnel, qui normalement fait office de loi. Cette obstination du législateur semble résider dans la volonté de dissuader mais aussi d'anticiper un éventuel risque terroriste, pourtant non avéré à ce stade de la consultation. Ce constat nous pousse à nous interroger encore une fois sur l'application de la théorie du droit pénal de l'ennemi à cette législation qui paraît, à la lumière de nos travaux et des principes du droit, très largement dérogoire. Ici le Conseil Constitutionnel est venu mettre le holà, et s'ériger en garde-fou contre les excès du législateur. Ce qui montre bien que « *la répression préventive a ses limites* »⁸⁰⁸. Il fait cependant un choix intéressant, en mettant de côté la légalité, et en se focalisant sur l'existence d'une législation suffisante pour lutter, c'est ainsi qu'il pourra justifier la constitutionnalité de l'infraction d'apologie du terrorisme⁸⁰⁹.

14.2 Le délit de recel d'apologie ou l'obstination du juge

Le Conseil Constitutionnel a donc censuré par deux fois le délit de consultation habituelle de sites terroristes, le législateur s'étant obstiné en le réintroduisant avec la loi du 28 février 2017, relative à la sécurité publique. Ce constat avait déjà de quoi surprendre, puisque la parole du Conseil Constitutionnel est dotée d'un poids important, et fait normalement office de loi : en somme, il a toujours le dernier mot. Mais un autre constat intéressant concerne le juge, qui s'est lui aussi indirectement obstiné en instaurant, via la jurisprudence de la Cour de cassation, un délit de recel d'apologie du terrorisme, par un arrêt du 7 janvier 2020. Cet arrêt venait établir

⁸⁰⁷ Jakobs Günter, « *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi* », « Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », ° 1/2009 de la Revue de Science Criminelle et de droit comparé ; Thery Raphaëlle, « *Peut-on punir le terrorisme ?* », Collège international de Philosophie, « Rue Descartes » 2018/1 N° 93 | pages 72 à 84

⁸⁰⁸ Visade Sophie, « *Inconstitutionnalité du délit de consultation habituelle de sites terroristes : la répression préventive a ses limites* », la Gazette Juridique, n°17, avril 2017

⁸⁰⁹ Décision n° 2018 - 706 QPC du 18 mai 2018, relative à l'article 421-2-5 sur l'apologie du terrorisme dans le code pénal

que : « *entre dans les prévisions des articles 321-1 et 421-2-5 du Code pénal le fait de détenir, à la suite d'un téléchargement effectué en toute connaissance de cause, des fichiers caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme* », étant entendu malgré tout qu' « *une condamnation de ce chef n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers* »⁸¹⁰. La Cour de cassation a instauré ce nouveau délit en se basant sur les articles 321-1 du code pénal sur le recel et 421-2-5 sur l'apologie du terrorisme⁸¹¹, et sanctionnait ainsi le fait de posséder de la propagande à titre privé. Il punit : « *le fait de détenir des fichiers ou des documents caractérisant une telle apologie, en toute connaissance de cause et en adhésion avec l'idéologie ainsi exprimée, de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Conformément à l'article 321-4 du code pénal, cette peine est portée à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le délit d'apologie qui fait l'objet du recel a été commis sous la circonstance aggravante du recours à un service de communication au public en ligne. En vertu de l'article 321-2 du même code, la peine encourue s'élève à dix ans et 750 000 euros d'amende lorsque le recel est commis de façon habituelle ou en bande organisée.* ».

Il apparaît que ce nouveau délit est très proche du délit de consultation habituelle, et cherche dans les faits à le remplacer, ou du moins à poursuivre les mêmes buts : il ne s'agit plus de sanctionner le fait de regarder de la propagande sur Internet, mais plus largement le fait de télécharger et détenir des fichiers faisant l'apologie du terrorisme, ce qui est en soi peu ou prou la même chose. Ici aussi, le juge partait de l'idée que celui qui possède de la propagande est potentiellement djihadiste, ou pourrait se radicaliser, et représente donc un danger, on est bien toujours dans une logique d'anticipation qui précède très en avant une éventuelle mais non certaine radicalisation⁸¹². Il s'agit encore ici de sanctionner en amont du risque un comportement qui en lui-même ne porte pas atteinte à l'intégrité et la sécurité des personnes, pour prévenir un risque qui n'est pas certain d'aboutir⁸¹³. On retrouve aussi l'idée qu'un discours inaudible, inacceptable, ne doit pas se trouver en circulation librement et dans les mains de n'importe qui. Le droit est bien ici un « *outil d'anticipation permettant à la répression*

⁸¹⁰ Arrêt n°2789 du 7 janvier 2020 (19-80.136) - Cour de cassation - Chambre criminelle

⁸¹¹ L'article 321-1 énonce : « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.* » et l'article 421-2-5 « *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.* »

⁸¹² Bonis Évelyne, Peltier Virginie, « *Chronique de droit pénal et de procédure pénale* », dans Titre VII 2020/2 (N° 5), pages 112 à 125

⁸¹³ Goetz Dorothée, « *Seconde inconstitutionnalité pour le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes* », Dalloz Actualité, criminalité organisée et terrorisme, 19 décembre 2017

de s'exprimer avant que toute action terroriste soit perpétrée »⁸¹⁴, en amont de l'acte préparatoire, mais il est non plus le fruit du législateur, mais celui du juge. C'est donc à l'initiative exceptionnelle du juge qu'un délit de remplacement est créé, ce qui montre bien l'attachement des institutions à l'idée de sanctionner les spectateurs du discours. Forte de l'expérience des anciens délits de consultation et leur censure, la Cour intègre directement dans le délit la mention sur l'adhésion à l'idéologie exprimée, ce qui, en matière de possession de fichiers est peut-être encore plus flou : on voit mal comment exprimer une idéologie dans ce cas, si Internet ouvre la possibilité de commenter, le simple fait de posséder n'invite pas à exprimer une opinion sur le sujet. Concrètement, il est difficile de déterminer à quel moment une personne qui possède de la propagande adhère à l'idéologie.

Rapidement, une QCC a été portée à l'attention du Conseil, qui a rendu une décision le 19 juin 2020⁸¹⁵. Le requérant reprochait ici aussi au délit de méconnaître la liberté d'expression et de communication et les principes de légalité, et de proportionnalité des délits et des peines. Selon lui, il n'y avait pas de réelle différence entre la consultation d'un site Internet et le téléchargement ou la détention du contenu du site, il s'agissait donc du même délit, ce qui ne semble pas illogique en soit. Le Conseil confirme ce point en rendant la même décision que celles relatives à la consultation : le délit de recel d'apologie porte une atteinte à la liberté de communication et d'expression de manière disproportionnée et non nécessaire. Ici aussi, outre confirmer sa jurisprudence, le Conseil semble venir s'ériger en garde-fou pour garantir le respect des droits et des libertés fondamentales, et pour contenir la tentation d'ériger une législation très anticipative et dérogatoire pour lutter contre le risque terroriste. Il semble repousser la notion de risque, et la possibilité d'anticiper largement la commission d'une infraction par la sanction. Il est également clair que l'opportunité de sanctionner ou non la consultation du discours djihadiste n'emporte pas de consensus, une partie de la classe politique et juridique étant en faveur d'un tel délit : c'est d'abord le Parlement qui s'était obstiné en réinstaurant le délit avec la loi du 28 février 2017, puis les juges à travers la Cour de cassation. En réalité, le Conseil Constitutionnel va lui préférer faire reposer la lutte contre la propagande et le discours djihadiste sur le délit d'apologie du terrorisme, qui va permettre de sanctionner finalement très largement.

⁸¹⁴ Alix Julie, « Réprimer la participation au terrorisme », Dalloz, « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2014/4 N° 4, pages 849 à 865

⁸¹⁵ Décision n° 2020-845 QPC du 19 juin 2020

On peut interroger ici le parallèle avec la législation contre la pédopornographie, dont le délit s'inspire largement. En matière de pédophilie, consulter des fichiers constitue bien une infraction, qui consiste à regarder le résultat d'un crime qu'est la pédophilie, et qui pose une présomption de pédophilie pour la personne qui consulte. Aussi, on pourrait considérer que regarder de la propagande djihadiste constitue aussi une infraction, notamment dans le cas des vidéos violentes, puisque cela consiste à regarder le résultat d'un crime, notamment d'un meurtre, et poser la même présomption. Ce débat rejoint l'affirmation polémique de Nicolas Sarkozy, durant un meeting le 30 novembre 2015 : « *lorsqu'on consulte des images pédophiles on est un pédophile, quand on consulte des images de djihadisme et de sites djihadistes, on est un jihadiste, et on doit être traité comme tel, à moins de démontrer qu'on est un professeur et qu'on fait des recherches* »⁸¹⁶. Il apparaît néanmoins qu'il existe en réalité de multiples raisons de regarder de la propagande djihadiste, comme la volonté de s'informer, pour Antoine Mégie et Jeanne Pawella dans les audiences, la consultation compulsive de propagande est souvent justifiée comme cela : « *À la barre, ce visionnage de vidéos violentes est justifié par une volonté déprendre connaissance des exactions perpétrées par le régime syrien.* »⁸¹⁷. Si toutes les raisons ne sont pas bonnes, cela n'induit pas forcément d'être un terroriste soi-même et donc un danger, il faut ici rappeler qu'adhérer à une idéologie violente et être violent soi-même sont deux choses souvent différentes. Il est plus complexe et hasardeux d'affirmer la même chose en matière de pédopornographie, ou le cadre informatif n'existe pas, n'est pas valable.

14.3 Sanctionner les spectateurs : une tendance minoritaire sur le plan historique

Interdire un discours de propagande, sanctionner ceux soupçonnés d'avoir des liens avec un groupe terroriste, ou encore interdire l'apologie, l'adhésion au discours, n'est pas nouveau. On retrouve des exemples à travers l'histoire. En 1974, notamment, avec le U.K Prevention of Terrorism act, la Grande-Bretagne avait fait interdire l'IRA⁸¹⁸ : soutenir l'organisation était illégal, et entretenir des liens avec elle pouvait conduire à l'expulsion⁸¹⁹. En France, l'exemple le plus flagrant et le plus intéressant concerne la législation contre les anarchistes au XIXème siècle, avec laquelle notre législation moderne entretient beaucoup de points communs. Des chercheurs, avocats et députés ont comparé la législation antiterroriste après 2014 à celle qui luttait contre le terrorisme anarchiste à la fin du XIXème siècle, soit aux lois renommées lois

⁸¹⁶ Ce meeting a eu lieu à Rouen et peut-être retrouvé sur ce lien : <https://www.youtube.com/watch?v=a56LZI5ZBvo&t=38s>

⁸¹⁷ Mégie Antoine, Pawella Jeanne, « *Les procès correctionnels des filières djihadistes. Juger dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme* », dans Les Cahiers de la Justice, 2017/2 n°2, pages 235 à 261

⁸¹⁸ L'Armée républicaine irlandaise est un groupe composé d'organisations paramilitaires, luttant contre la présence britannique en Irlande du Nord, et pour l'indépendance, via la lutte armée, au XXème siècle.

⁸¹⁹ Chaliand Gérard et Blin Arnaud, *Histoire du Terrorisme : De l'Antiquité à Daech*, éditions Fayard, 2016, 864p

« scélérates »⁸²⁰. Le terme « scélérat », signifiant globalement avoir des intentions criminelles, condamnables, est employé dans un manifeste publié par Jean Jaurès, Emile Pouget et « un juriste », pour dénoncer ces lois comme étant liberticides, excessives, et discriminatoires⁸²¹. Derrière le pseudo « un juriste » se cache en réalité Léon Blum. Les lois scélérates peuvent être analysées comme les prémices de ce que Gunther Jakobs va théoriser et appeler le droit pénal de l'ennemi au 20^{ème} : elles instaurent l'existence d'un droit dérogatoire et anticipatoire, réservé aux ennemis de la nation pour endiguer le risque terroriste ; et c'est aussi en cela qu'il est intéressant de les étudier⁸²². Après 2014, le terme « lois scélérates » réémerge justement pour décrire la législation antiterroriste moderne⁸²³. Ce parallèle avec les anarchistes, s'il est vaste, est d'autant plus intéressant lorsqu'il s'agit de la propagande, puisque, le discours de l'Etat Islamique, au même titre que les anarchistes à l'époque, est censuré, et que ceux qui approuvent ou consultent sont susceptibles d'être sanctionnés. En effet, avec la loi 28 juillet 1894, tendant à réprimer les menées anarchistes, troisième et dernière loi de la série des lois « scélérates », les anarchistes, directement nommés, se voient interdire largement tout type de propagande, et si certains journaux, comme l'emblématique Père Tranquille, ou les radios dites anarchistes sont interdites, ceux soupçonnés de sympathie sont aussi criminalisés, et risquent des sanctions, comme les travaux forcés⁸²⁴. L'article 1 de la loi affirmait la chose suivante : « *Les infractions prévues par les art. 24, paragraphes 1 et 3, et 25 de la loi du 29 juillet 1881, modifiés par la loi du 12 décembre 1893, sont déférées aux tribunaux de police correctionnelle lorsque ces infractions ont pour but un acte de propagande anarchiste.* », tandis que l'article 2 précisait les sanctions encourues, finalement assez proches de celles prévues par la loi du 3 juin 2016 : « *sera déféré aux tribunaux de police correctionnelle et puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de cent francs à deux mille francs (100 francs à 2,000 francs) tout individu qui, en dehors des cas visés par l'article précédent, sera convaincu d'avoir, dans un but de propagande anarchiste : Soit par provocation, soit par apologie des faits spécifiés auxdits articles, incité une ou plusieurs personnes à commettre soit un vol, soit les crimes de meurtre, de pillage, d'incendie, soit les crimes punis par l'article 435 du Code pénal.* »⁸²⁵. Jean

⁸²⁰ Voir notamment : Kempf Raphaël, *Ennemis d'État : Les lois scélérates, des « anarchistes » aux « terroristes »*, Éditions la Fabrique, 11 septembre 2019, 180 pages, Piron Jonathan « *De la lutte contre le terrorisme anarchiste à la lutte contre le terrorisme djihadiste* » – Essai comparatif, La Revue Nouvelle N°7, 2016 et Theyry Raphaëlle, « *Peut-on punir le terrorisme ?* », Collège international de Philosophie, « Rue Descartes » 2018/1 N° 93 | pages 72 à 84

⁸²¹ De Pressengé Francis, un Juriste (Léon Blum), et Pouget Émile, *Les lois scélérates de 1893-1894*, Paris, Éditions de la revue blanche, 1899

⁸²² Jakobs Günter, « *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi* », « *Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain* », ° 1/2009 de la Revue de Science Criminelle et de droit comparé

⁸²³ Voir notamment les travaux de Kempf Raphaël, également cités par Monsieur Loïc Kervan, député dans un avis fait au nom de la commission de la défense nationale des forces armées, enregistré à l'Assemblée nationale le 8 juillet 2020.

⁸²⁴ Chambost Anne Sophie, « *Nous ferons de notre pire... » Anarchisme, illégalisme et lois scélérates...* » Revue Droit et culture, dossier Trahison, 74 2017 2, 2017

⁸²⁵ Loubat Guillaume, *Code de la législation contre les anarchistes (Éd.1895)*, Hachette Livre BNF, édition du 1^{er} mai 2012, 251 pages

Jaurès, Léon Blum et Emile Pouget dénoncent une loi liberticide, qui contreviendrait au droit d'expression, à la liberté de penser, et de la presse, modifiée par les premières lois de décembre 1893⁸²⁶. Jaurès, dans un discours du 30 avril 1894, dénonce la répression opérée par le gouvernement contre les anarchistes, la censure des journaux et les inégalités : selon lui le gouvernement se montre plus tolérant envers les discours violents de catholiques réactionnaires qui fleurissent à la même époque⁸²⁷.

Jean Jaurès, toujours dans son discours de 1894, dénonce notamment la loi qui censure le discours anarchiste comme une loi basée sur l'anticipation par la sanction, déterminée à censurer la pensée plus qu'à éliminer un danger réel ou avéré, en traitant en complice ceux qui se contentent de penser, de lire ou de manifester sans agir. Pour lui c'est finalement une censure de la pensée problématique, en vue d'éviter un potentiel risque terroriste, non avéré : « *Vous ne frappez d'abord que les actes mêmes, ou la complicité, ou la préparation effective de ces actes, ou les excitations directes et publiques qui sont déjà un acte. Puis, dans la loi de décembre, vous avez fait davantage et vous avez voulu atteindre l'entente indéterminée en vue d'un attentat indéterminé, c'est-à-dire que vous avez voulu frapper, surprendre une communauté de pensées mauvaises. Mais cela ne vous a pas suffi encore. Et vous revenez devant nous, vous nous dites : La pensée anarchiste, elle peut se glisser dans le simple propos, elle peut être chuchotée de cœur à cœur, d'oreille à oreille ; elle peut s'exhaler dans un simple cri de colère et de souffrance, et puisqu'il y a un péril anarchiste dans ces propos, dans ces confidences, dans ces lettres échangées, dans ces murmures de souffrance ou de colère, nous allons essayer de surprendre tout cela pour frapper tout cela ; nous allons écouter à la porte de toutes les consciences, et ainsi nous arrêtons la propagation même de la pensée meurtrière ; nous neutraliserons les germes imperceptibles d'anarchie qui peuvent exister dans la conscience avant même qu'ils aient pu éclore et se manifester. Voilà bien la pensée de votre loi.* »⁸²⁸. Ce sont précisément les mêmes choses qui sont reprochées au délit de consultation habituelle en 2016, il s'agit de sanctionner un discours, pour limiter un risque éventuel mais non avéré de radicalisation, puis d'attentat. Les deux lois visent à écarter des individus potentiellement et non nécessairement dangereux en utilisant la sanction pour dissuader et anticiper. La loi du 28 juillet 1894, comme la loi de 2016, viennent opérer une censure de la propagande, qui est normalement un objet laissé en dehors du droit pénal. Avec l'infraction de 2016, si elle est

⁸²⁶ De Pressengé Francis, un Juriste (Léon Blum), et Pouget Émile, *Les lois scélérates de 1893-1894*, Paris, Éditions de la revue blanche, 1899

⁸²⁷ Discours du 30 juillet 1894 devant la Chambre

⁸²⁸ Discours du 30 juillet 1894 devant la Chambre contre la répression des anarchistes. Le discours est lisible et commenté ici sur ce site dédié à Jean Jaurès : http://www.jaures.eu/ressources/de_jaures/jaures-contre-les-lois-sclerates-anarchisme-et-corruption-1894/

adaptée à un contexte moderne et à ses modes de diffusion, la propagande terroriste est à nouveau un élément qui intègre exceptionnellement le champ du droit pénal. On trouve des objectifs proches entre les deux législations, mais la loi de 2016 va encore plus loin, puisqu'elle sanctionne directement les spectateurs dits habituels de la propagande, sans réellement préciser de quoi ou de qui il s'agit, et que soit prouvé une réelle affiliation ou une réelle approbation au discours djihadiste. Là où la loi de 1894 sanctionne plus directement les propagandistes et sympathisants actifs, la loi de 2016 se place du côté de la censure la plus large possible en sanctionnant d'autant plus fortement ceux qui le regardent. Nous verrons que le parallèle avec l'apologie du terrorisme est d'autant plus flagrant, considérant que la loi de 1894 est la première à en faire une infraction spéciale.

Selon un rapport de 2020, de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales : « *entre 2016 et 2018, 2 916 personnes ont été mises en cause pour des infractions liées au terrorisme. Il s'agissait d'infractions concernant l'apologie ou la provocation d'un acte de terrorisme pour 65% d'entre eux* », ces chiffres comprenaient la consultation habituelle⁸²⁹. Selon le Monde, en février 2017 : « *Selon les chiffres du ministère de la justice, trente-neuf procédures ont été ouvertes pour consultation habituelle de sites terroristes depuis le vote de la loi ; douze ont été jugées et ont abouti à des condamnations.* »⁸³⁰. Le 8 août 2016, le Tribunal avait condamné un homme de trente et un ans à la peine maximale de deux ans de prison, cette condamnation peut cependant être perçue comme exemplaire, faisant suite au passage de la loi. L'enquête avait par ailleurs établi que l'homme avait tenté de se procurer des armes et fomenté un projet très vague et déconstruit d'attentat. L'argument sur la volonté de s'informer avait été jugé irrecevable. Par la suite, peu de poursuites ont abouti à une peine de deux ans de réclusion⁸³¹. Les chiffres sont relativement bas, et donc à relativiser, si l'infraction était très large et semblait donc pouvoir condamner lourdement et facilement, son cadre flou la rendait en réalité difficile d'application⁸³². Le délit d'apologie du terrorisme, plus simple à appliquer, va générer un contentieux bien plus important.

En conclusion, le droit s'est retrouvé investi d'une nouvelle mission, qui consiste à bloquer l'expansion de la propagande djihadiste sur Internet. Cette mission intervient pour lutter en amont du processus de radicalisation, et de l'attaque terroriste, et s'inscrit ainsi pleinement

⁸²⁹ Frattini Fiona, « *Les personnes mises en cause pour des infractions liées au terrorisme* », Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, note n°52, octobre 2020

⁸³⁰ Signoret Perrine, « *Consultation de sites terroristes : douze condamnations, et plusieurs questions* », le Monde du 16 février 2017

⁸³¹ A titre d'exemple, un homme repéré dans la Drôme par les services de renseignement avait également écopé d'une peine de deux ans. On avait trouvé dans son ordinateur de nombreuses vidéos, notamment d'exécutions, des drapeaux de l'Etat Islamique, et son mot de passe était en lien avec le 13 novembre.

⁸³² Par ailleurs, la censure du délit par le Conseil Constitutionnel est venue annuler plusieurs décisions et condamnations.

dans la législation antiterroriste classique et historique, basée sur l'anticipation et une approche radicalement sécuritaire⁸³³. La façon dont celui-ci devrait opérer est complexe. Il apparaît dans un premier temps que la suppression et le blocage des contenus, outre poser un problème éthique, et supprimer d'éventuels éléments de preuves, n'est pas totalement satisfaisant, car faillible. Aussi, le législateur a entendu se positionner non plus à la racine du problème, mais au bout, en sanctionnant les spectateurs réguliers. En faisant cela, il entendait sanctionner largement en amont d'une infraction à proprement parler terroriste, pour limiter le risque. Cette décision faisait naître d'importantes polémiques, autour du respect des libertés et garanties du droit. Aussi, il était pertinent ici de questionner l'application à cette législation du droit pénal de l'ennemi, définie comme une législation et une justice basée sur l'anticipation par la sanction, qui vient flouter l'élément matériel, et limiter les libertés fondamentales au nom de la sécurité. L'application de la théorie, considérant que l'infraction revenait à sanctionner le seul fait de regarder de la propagande, semblait faire sens. Le Conseil Constitutionnel est cependant venu censurer ledit délit, qui n'existe de fait plus aujourd'hui dans notre droit pénal, semblant s'ériger en garde-fou contre les dérives du législateur et des juges. Il semble venir repousser l'exception, favorisant ainsi les mesures de suppression et de blocage. Il semble plus pertinent de supprimer les sites et contenus que de sanctionner les spectateurs, afin de respecter les principes cardinaux de notre droit, et sortir d'une législation trop dérogatoire, qui s'adresserait ici à un ennemi non vraiment défini, puisque celui qui regarde peut le faire pour différents motifs, sans agir. Pour Alex Schmidt, en se basant sur le cas américain, des études tendent à montrer qu'une surréaction répressive face au terrorisme, entraînerait plutôt davantage de terrorisme⁸³⁴. Surréagir, pénaliser au maximum, n'apparaît pas comme une solution productive. Bien que perfectibles, des outils comme Pharos ont bien montré leur efficacité : le discours djihadiste tend aujourd'hui à disparaître du web. Accentuer la surveillance doit se faire via les outils existants, comme les outils de signalement. Par ailleurs, la nouvelle coopération entre les plateformes et les pays, à échelle Européenne et formalisée par un règlement, devrait apporter une efficacité grandissante à la lutte. Enfin, la censure existe aussi à travers le délit d'apologie du terrorisme, rempart actif pour prévenir les comportements problématiques, et garde-fou pour limiter la liberté d'expression lorsqu'elle dépasse les limites de l'acceptable.

⁸³³ Garrigos Kerian Mariel, « *La tendance sécuritaire de la lutte contre le terrorisme* », Archives de Politique Criminelle 2006/1 n°28, pages 187 à 213 ; Bouvier Jean-Claude, « *Une application des peines très spéciale ou le parachèvement de l'exception antiterroriste* », Délibérée 2017/2 n°2 ; Brochot Vanessa « *L'exception en droit ou le droit à l'exception en matière de lutte contre le terrorisme : l'exemple français* », Revue juridique de l'Ouest, 2009-3. pp. 287-324 ; Ladd Kevin, « *Répondre à la menace par la menace ? La législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité* », Numéro Droit pénal de l'ennemi, Jurisprudence, Revue critique, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015

⁸³⁴ Schmid Dr. Alex P., « *Radicalization, De-Radicalization, Counter-Radicalization: A Conceptual Discussion and Literature Review* », International center for counter terrorism- The Hague (ICCT), research paper, March 2013