



## Commentaire

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

*M. Théo S.*

*(Recel d'apologie du terrorisme)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 25 mars 2020 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 782 du 24 mars 2020) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Théo S. portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 321-1 du code pénal et de l'article 421-2-5 du même code, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

Dans sa décision n° 2020-845 QPC du 19 juin 2020, le Conseil a déclaré conformes à la Constitution, sous la réserve qu'ils ne puissent être interprétés comme réprimant le délit de recel d'apologie du terrorisme, les mots « *ou de faire publiquement l'apologie de ces actes* » figurant au premier alinéa de l'article 421-2-5 du code pénal, dans cette rédaction.

#### **I. – Les dispositions contestées**

##### **A. – Historique et objet des dispositions contestées**

La QPC soumise au Conseil portait sur l'interprétation par la Cour de cassation des dispositions combinées de l'article 321-1 du code pénal, qui définit le recel, et de l'article 421-2-5 du même code, qui institue le délit d'apologie du terrorisme.

C'est sur cette combinaison de dispositions que la Cour de cassation s'était fondée pour incriminer, à certaines conditions, la détention de fichiers faisant l'apologie du terrorisme sous le chef de recel du délit d'apologie du terrorisme.

##### **1. – Le délit de recel (article 321-1 du code pénal<sup>1</sup>)**

\* *Définition*

---

<sup>1</sup> Dans sa rédaction en vigueur, résultant de l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs.

Le recel est le délit défini à l'article 321-1 du code pénal comme « *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* » (premier alinéa, qui vise ainsi le « *recel-détention* ») ou « *le fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit* » (deuxième alinéa, qui correspond au « *recel-profit* »).

Le recel est ainsi une infraction de conséquence, subordonnée à l'existence d'une infraction préalable, qui ne peut être, conformément à l'article 321-1 précité, qu'un crime ou un délit. Cette incrimination suppose en outre que l'auteur du recel ait conscience que la chose provient d'un crime ou d'un délit. En revanche, elle ne suppose pas nécessairement que l'auteur de la première infraction ait été identifié ou condamné : il suffit que cette infraction ait été constatée<sup>2</sup>.

L'incrimination générale prévue à l'article 321-1 du code pénal, parfois qualifiée de recel de droit commun, se distingue des recels spécialement incriminés par le législateur et soumis à des règles particulières, tels que la détention de faux documents administratifs<sup>3</sup> ou le recel du produit d'une infraction terroriste<sup>4</sup>.

#### \* *Éléments constitutifs du délit*

Longtemps, le recel n'a constitué qu'un cas de complicité d'une infraction ayant permis de procurer une chose<sup>5</sup>. C'est la loi du 22 juin 1915 sur le recel qui en a fait une infraction autonome, distincte de l'infraction d'origine, sanctionnant « *ceux qui, sciemment, auront recélé, en tout ou partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit* »<sup>6</sup>.

La Cour de cassation a adopté une conception très large de cette incrimination, que le législateur n'a pas remise en cause dans la définition du recel qu'il a finalement retenue en 1992<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Cour de cassation, crim. 9 nov. 1965, *Bull. crim.* n° 227.

<sup>3</sup> Article 441-3 du code pénal

<sup>4</sup> Article 421-1, 5° du code pénal.

<sup>5</sup> Morgane Daury-Fauveau précise que c'était en particulier le cas dans le code pénal de 1791, dont l'article 3 du titre consacré aux complices de crimes dispose que, pour certains vols, « *quiconque sera convaincu d'avoir reçu gratuitement, ou acheté ou recélé tout ou partie des effets volés, sachant que lesdits effets provenaient d'un vol, sera réputé complice, et puni de la peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime* », et du code pénal de 1810, dont l'article 62 (avant la modification du code par la loi de 1915) prévoit que « *ceux qui sciemment auront recélé en tout ou partie des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime seront [...] punis comme complices de ce crime ou délit* » (*Jurisclasseur*, art. 321-1 à 321-5 du code pénal, Fasc. 10 : Recel, conditions préalables du recel n°4).

<sup>6</sup> Article 460 du code pénal de 1810.

<sup>7</sup> Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens.

Elle a tout d'abord exclu de la restreindre aux infractions de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance, comme aurait pu le justifier la référence par le législateur aux choses « *enlevées, détournées ou obtenues* ». Au contraire, elle a jugé, dès 1875, que cette incrimination, rédigée « *en termes généraux et absolus, ne comporte pas de distinction entre les divers crimes et délits à l'aide desquelles la chose recelée a été enlevée, détournée ou obtenue* »<sup>8</sup>. Elle a ainsi jugé ces dispositions applicables indépendamment de la nature du crime ou du délit ayant servi de support au recel et a détaché cette incrimination de la seule protection du patrimoine des personnes.

Elle a également considéré que le recel pouvait être constitué en l'absence de détention matérielle de la chose dès lors qu'une personne avait agi en qualité d'intermédiaire ou bénéficié du produit de l'infraction d'origine<sup>9</sup>.

Compte tenu de la multitude d'infractions pouvant servir de support au recel, certains observateurs le qualifient « *d'infraction un peu fourre-tout* »<sup>10</sup>.

À cet égard, parmi les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation les plus notables, figure celle consistant à considérer que le recel peut porter sur une information ou un message. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que caractérisait, à l'encontre d'un journaliste et du directeur de publication d'un journal, le délit de recel de photocopies issues de la violation d'un secret fiscal, la publication, dans ce journal, de la reproduction de feuilles d'imposition<sup>11</sup>. A également été retenue la qualification de recel de violation du secret de l'instruction dans un cas où la publication portait sur la photocopie de pièces issues de procédures en cours<sup>12</sup>.

Cette extension du champ du recel a toutefois conduit à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme à la suite des deux décisions précitées relatives au recel de violation du secret fiscal ou de l'instruction<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Cour de cassation, crim., 4 décembre 1875, *Bull.* n° 366 ; Crim. 3 déc. 1892, *Bull. crim.* n° 315.

<sup>9</sup> La Cour de cassation a notamment énoncé que « *l'article 460 conçu en termes généraux, atteint tous ceux qui, par un moyen quelconque, bénéficie[nt] du produit d'un crime ou d'un délit* » (Crim. 14 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 248).

<sup>10</sup> Patrick Maistre du Chambon, « Recel », *Répertoire pénal et de procédure pénale*, il relève notamment que la chose recelée peut provenir d'une infraction de banqueroute (Crim. 5 avr. 2006, n° 04-87.765, inédit ; Crim. 1<sup>er</sup> oct. 1980, *Bull. crim.* n° 243) de contrefaçon (Crim. 10 juill. 1969, *Bull. crim.* n° 224 ; Crim. 14 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 248) ou encore d'abattage clandestin d'animaux (Crim. 11 janv. 1945, *Bull. crim.* n° 5).

<sup>11</sup> Cour de cassation, crim, 3 avril 1995, n° 93-81.569.

<sup>12</sup> Cour de cassation, crim. 19 juin 2001, n° 99-85.188.

<sup>13</sup> CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, n°29183/95 ; CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis c/ France*, n° 1914/02.

### \* *Sanctions encourues*

Quelle que soit la nature de l'infraction d'origine, des peines relativement lourdes peuvent être prononcées à l'encontre du receleur. En effet, le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende<sup>14</sup> et, en cas de circonstances aggravantes liées aux modalités de commission de cette infraction, de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende<sup>15</sup>. Le montant de l'amende encourue peut toutefois, dans ces deux hypothèses, être dépassé pour être porté à la moitié de la valeur des biens recelés<sup>16</sup>.

En outre, les peines d'emprisonnement prévues peuvent être allongées si « *l'infraction dont provient le bien recelé est punie d'une peine privative de liberté supérieure* » à celles-ci<sup>17</sup>. De la même manière, si l'infraction d'origine est soumise à circonstances aggravantes, la peine encourue pour recel est celle de la peine d'origine correspondant aux circonstances aggravantes dont le receleur a eu connaissance.

Compte tenu de ces règles, mais également des peines complémentaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre du receleur<sup>18</sup>, le recel peut être plus lourdement sanctionné que l'infraction d'origine.

## **2. – Le délit d'apologie du terrorisme (article 421-2-5 du code pénal)**

### \* *Origine et définition*

L'article 421-2-5 du code pénal incrimine « *Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes* ».

Jusqu'en 2014, les dispositions réprimant la provocation directe à des actes de terrorisme et l'apologie de ces actes figuraient au sixième alinéa de l'article 24 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, parmi les autres délits de presse de « *provocation aux crimes et délits* ». N'étaient visées que la provocation et

---

<sup>14</sup> Troisième alinéa de l'article 321-1 du code pénal.

<sup>15</sup> L'article 321-2 du code pénal précise que de telles peines sont encourues lorsque le recel « *est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle* » ou « *est commis en bande organisée* ».

<sup>16</sup> Article 321-3 du code pénal.

<sup>17</sup> Dans cette hypothèse, l'article 321-4 du code pénal précise que « *le receleur est puni des peines attachées à l'infraction dont il a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance* ».

<sup>18</sup> Peuvent être infligées des peines complémentaires propres au recel, mais également les peines complémentaires encourues pour les crimes et délits dont provient le bien recelé (voir les articles 321-9, 321-10 et 422-3 du code pénal).

l'apologie présentant un caractère public, c'est-à-dire commises selon l'un des moyens énoncés à l'article 23 de cette loi<sup>19</sup>.

Ces dispositions ont ensuite été transférées, en 2014, à l'article 421-2-5 du code pénal.

En soustrayant ces infractions du champ des délits de presse, le législateur a entendu « *tirer les conséquences de l'intégration de l'apologie et de la propagande dans la stratégie médiatique des organisations terroristes* » et rendre plus efficace la répression de ces comportements. Ce changement de base légale « *matérialise la volonté du Gouvernement de lutter contre le développement, sans cesse plus important, de la propagande terroriste qui provoque ou glorifie les actes de terrorisme* »<sup>20</sup>. Afin « *d'améliorer l'efficacité de la répression en ce domaine et en considération du fait qu'il ne s'agit pas en l'espèce de réprimer des abus de la liberté d'expression mais de sanctionner des faits qui sont directement à l'origine des actes terroristes, il convient de soumettre ces actes aux règles de procédure de droit commun et à certaines règles prévues en matière de terrorisme* »<sup>21</sup>.

Ces infractions ne bénéficient donc plus du régime procédural spécifique aux délits de presse : courte prescription<sup>22</sup>, délais abrégés d'appel et de cassation, limitation du pouvoir de qualification du juge, absence de procédure de comparution immédiate et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, etc.

Elles sont au contraire désormais soumises aux règles de procédure et de poursuite spécifiques au terrorisme prévues aux articles 706-16 et suivants du code de procédure pénale<sup>23</sup>, à l'exclusion cependant des règles propres à la garde à vue<sup>24</sup>, aux perquisitions nocturnes<sup>25</sup>, à l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT)<sup>26</sup> et à la prescription (qui

---

<sup>19</sup> À savoir « *soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique* ».

<sup>20</sup> Rapport n° 9 (Sénat – 2014-2015) de MM. Jean-Jacques Hyest et Alain Richard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 octobre 2014, p. 45.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Qui avait cependant été portée de trois mois à un an en matière d'apologie du terrorisme par la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme (article 65-3 de la loi de 1881). La même loi de 2012 avait par ailleurs rendu possible la détention provisoire (article 52 de la loi de 1881).

<sup>23</sup> En particulier : compétence du tribunal de grande instance de Paris, surveillance, infiltration, interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, sonorisations et fixation d'images dans certains lieux ou véhicules, captation de données informatiques et mesures conservatoires sur les biens saisis.

<sup>24</sup> Article 706-24-1 du code de procédure pénale.

<sup>25</sup> Même article 706-24-1.

<sup>26</sup> Article 706-25-4 du code de procédure pénale.

est celle, de droit commun, applicable aux délits, soit six ans, et non vingt ans comme pour les actes de terrorisme)<sup>27</sup>.

Les autres délits de provocation à un crime ou à un délit et d'apologie de crimes ou délits continuent, quant à eux, de figurer à l'article 24 de la loi de 1881.

*\* Éléments constitutifs*

Le transfert des dispositions relatives à l'apologie du terrorisme au sein du code pénal n'a pas eu pour effet de modifier les éléments constitutifs de l'infraction, ni leur interprétation par la juridiction judiciaire auparavant fondée sur la loi de 1881.

L'apologie se matérialise par des comportements, des actes, des discours, des écrits exprimés ou des images diffusés publiquement, quel que soit le support<sup>28</sup>. Ce caractère public des propos s'apprécie de la même manière que pour l'injure ou la diffamation. Le délit est par exemple constitué lorsque les propos incriminés ont été tenus à haute voix dans des circonstances traduisant la volonté de les rendre publics.

La Cour de cassation a ainsi considéré que tombaient sous le coup de la loi des propos tenus dans un fourgon cellulaire par une personne s'adressant aux gendarmes qui l'escortaient, le prévenu s'étant exprimé auprès de personnes auxquelles il n'était lié par aucune communauté d'intérêts et qui constituaient donc un public dans un lieu n'ayant pas le caractère d'un lieu privé<sup>29</sup>. « *C'est donc dans la détermination des personnes auxquelles les propos ont été tenus qu'il faut rechercher la circonstance traduisant la volonté de leur auteur de les rendre publics* »<sup>30</sup>.

En revanche, dans le cas d'un militaire s'étant exprimé auprès d'autres militaires, alors qu'ils se trouvaient dans leur caserne, une cour d'appel a pu juger que ces propos ont été « *tenus à des militaires, liés par une communauté d'intérêts, dans une enceinte militaire, hors la présence de tiers* » et que la condition de publicité faisait défaut, aucun élément ne permettant d'établir que le prévenu avait eu l'intention de rendre ses propos publics<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Dernier alinéa de l'article 8 et dernier alinéa de l'article 706-25-1 du code de procédure pénale.

<sup>28</sup> À la différence de la provocation qui, depuis son transfert dans le code pénal, est désormais réprimée y compris dans son expression privée.

<sup>29</sup> Cour de cassation, crim., 11 juillet 2017, n° 16-86.965.

<sup>30</sup> Agathe Lepage, « De la publicité en matière d'apologie d'actes de terrorisme », *Communication Commerce électronique*, n° 11, novembre 2017, commentaire n° 89.

<sup>31</sup> Cour de cassation, crim., 13 décembre 2017, n° 17-82.030.

L'apologie doit porter sur des actes de terrorisme. Ces actes, ainsi qualifiés par le législateur, figurent au chapitre I<sup>er</sup> du titre II du livre IV du code pénal. Il s'agit des infractions de droit commun prévues à l'article 421-1, « *lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* », ainsi que des infractions spécifiquement prévues à ce chapitre et explicitement qualifiées d'actes de terrorisme par le législateur : terrorisme écologique (article 421-2), association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste (article 421-2-1), financement d'une entreprise terroriste (article 421-2-2), entreprise individuelle terroriste (article 421-2-6)<sup>32</sup>.

L'apologie consiste à justifier, excuser ou présenter sous un jour favorable un acte de terrorisme ou son auteur à raison d'un tel acte. Elle se distingue de la provocation dans la mesure où l'apologiste n'appelle pas à la commission ou au renouvellement d'un acte de terrorisme.

Selon un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 2017, « *le délit d'apologie d'actes de terrorisme, prévu et réprimé par l'article [421-2-5], consiste dans le fait d'inciter publiquement à porter sur ces infractions ou leurs auteurs un jugement favorable* »<sup>33</sup>.

Ainsi que l'a observé un auteur, « *l'incitation que le délit requiert s'induit du contenu du message, sans qu'il soit nécessaire de la caractériser autrement : tout jugement en faveur du crime est considéré comme incitatif* »<sup>34</sup>.

Comme le rappelle Jacques-Henri Robert, l'apologie peut consister à vanter abstraitement un acte de terrorisme ou bien s'appliquer à un acte effectivement commis : « *Les tribunaux apprécient les faits en fonction du risque que l'apologie fait courir à l'ordre public en incitant au renouvellement des infractions justifiées, compte tenu du climat social et politique du moment. [...] [F]ut rejeté le pourvoi*

---

<sup>32</sup> En revanche, ne semblent pas pouvoir faire l'objet du délit d'apologie, faute d'être expressément qualifiés d'actes de terrorisme par le législateur : le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en étant relation avec une personne se livrant à un acte de terrorisme (article 421-2-3) ; le fait d'user de son influence ou de menacer une personne afin qu'elle commette un acte de terrorisme (article 421-2-4) ; le fait de faire participer un mineur à un groupement terroriste (article 421-2-4-1) ; le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver l'efficacité des procédures de blocage ou de fermeture de sites internet (article 421-2-5-1).

<sup>33</sup> Cass., crim., 25 avril 2017, n° 16-83.331. Dans cette affaire, elle a jugé que ce délit était constitué lorsqu'un individu, lors d'un rassemblement en hommage aux victimes des attentats ayant frappé la France entre les 7 et 9 janvier 2015, a arboré une pancarte sur laquelle il avait inscrit « *je suis Charlie* » d'un côté et « *je suis Kouachi* » de l'autre, au motif qu'il s'agissait d'une référence indéniable à des personnes impliquées dans les attentats terroristes visés par cette manifestation et qu'il résultait de ces constatations que le prévenu, par son comportement lors d'un rassemblement public, avait manifesté une « *égale considération* » pour des victimes d'actes de terrorisme et l'un de leurs auteurs à qui il s'identifiait.

<sup>34</sup> Philippe Conte, « Notion d'apologie » (commentaire de l'arrêt du 25 avril 2017 précité), *Droit pénal*, n° 7-8, juillet 2017, comm. n° 103.

*des parents condamnés pour apologie du crime [d'atteintes volontaires à la vie] au motif qu'ils avaient offert à un enfant prénommé Jihad un maillot sur lequel on pouvait lire "Né le 11 septembre" sans indication de l'année et "Je suis une bombe" (Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358) »<sup>35</sup>.*

\* L'élément moral de l'infraction se caractérise par la volonté de l'auteur des propos litigieux de présenter l'acte de terrorisme sous un jour positif.

La volonté d'inciter le public à partager un jugement positif sur un tel acte se déduit, selon la Cour de cassation, du contenu du message ou du comportement. Ainsi, dans un arrêt du 16 novembre 1993, à propos de l'apologie de crime ou délit de collaboration avec l'ennemi, elle a jugé : *« en présentant comme digne d'éloge une personne condamnée pour intelligence avec l'ennemi, l'écrit a magnifié son crime et, ainsi, fait l'apologie dudit crime ; [...] l'intention coupable se déduit du caractère volontaire des agissements incriminés »*<sup>36</sup>. La Cour y admet également que l'éloge puisse être implicite : les propos en cause étaient ici dépourvus de toute critique et ne manifestaient aucune prise de distance.

\* En application du premier alinéa de l'article 421-2-5 du code pénal, l'apologie publique d'actes de terrorisme est, comme la provocation, punie d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Innovation introduite en 2014 à l'initiative de l'Assemblée nationale, la commission de l'infraction au moyen d'un service de communication au public en ligne constitue une circonstance aggravante : en vertu du deuxième alinéa de l'article 421-2-5, les peines sont alors portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Il ressort des travaux préparatoires que cette *« circonstance aggravante de commission par le moyen d'Internet est justifiée par la publicité particulièrement étendue et rapide que cet outil de communication permet de donner aux messages véhiculés »*<sup>37</sup>.

La publicité s'apprécie selon les règles de droit commun : ont un caractère public des messages diffusés sur des sites accessibles à tout internaute, tandis que des propos tenus sur un forum dont l'accès est limité à une liste restreinte d'utilisateurs sont généralement considérés comme privés.

---

<sup>35</sup> « La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie (art. 421-2-5) », *JurisClasseur Code pénal*, fasc. 25, 18 décembre 2015 (mis à jour au 1<sup>er</sup> septembre 2017), § 12 et 13.

<sup>36</sup> Cass., crim., 16 novembre 1993, n° 90-83128.

<sup>37</sup> Rapport n° 2173 (Assemblée nationale – XIV<sup>ème</sup> législature) de M. Sébastien Pietrasanta, fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 juillet 2014, p. 93.

### 3. – L’incrimination du recel d’apologie du terrorisme (jurisprudence ayant fait l’objet de la QPC)

\* Sur le fondement des dispositions combinées des articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal, la Cour de cassation a, par un arrêt du 7 janvier 2020<sup>38</sup>, incriminé la détention de fichiers faisant l’apologie du terrorisme sous le chef de recel d’apologie du terrorisme.

\* Le recel d’apologie du terrorisme avait d’abord été sanctionné par une cour d’appel qui avait suivi un raisonnement en deux temps.

Cette juridiction avait jugé, d’une part, que, « *en effectuant des téléchargements volontaires de fichiers faisant l’apologie du terrorisme* », l’intéressé avait « *détenu en toute connaissance de cause des choses provenant d’une action qualifiée de crime ou de délit par la loi* », caractérisant ainsi les éléments constitutifs du recel.

Elle avait, d’autre part, relevé que le comportement de l’intéressé, « *démontr[ait] une certaine adhésion aux propos apologétiques et que la multiplicité, la diversité et le caractère volontaire de la sélection des documents téléchargés exclu[aient] qu’il ait pu agir de bonne foi par simple curiosité, quête spirituelle ou parce qu’il se retrouvait dans une situation de détresse psychologique, matérielle et familiale ainsi qu’il le prétendait* ».

\* Dans son arrêt du 7 janvier 2020, la Cour de cassation avait confirmé ce raisonnement et posé en principe qu’« *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* ».

La Cour de cassation était en outre saisie d’un moyen soutenant qu’une condamnation pour recel d’apologie du terrorisme constituait une atteinte non nécessaire et disproportionnée au droit du prévenu de recevoir des informations ou des idées, en violation de l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme.

Pour y répondre, la Cour de cassation avait précisé que la condamnation du chef d’apologie du terrorisme « *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* ». Ce faisant, elle avait ajouté à l’infraction un élément constitutif supplémentaire.

---

<sup>38</sup> Cour de cassation, crim., 7 janvier 2020, n° 19-80.136.

C'est cette interprétation des dispositions combinées des articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal, sur le fondement desquelles était donc incriminé, sous certaines conditions, le recel d'apologie du terrorisme, qui était renvoyée au Conseil constitutionnel dans la présente affaire.

## **B. – Origine de la QPC et question posée**

Le 16 janvier 2019, la cellule de M. Théo S., détenu en centre pénitentiaire, avait fait l'objet d'une fouille au cours de laquelle avaient été découverts un téléphone portable, deux cartes SIM et une clé USB.

Sur la clé USB, étaient enregistrées soixante heures de vidéo faisant l'apologie de l'organisation dénommée « *État islamique* » et présentant notamment des immolations, des exécutions par décapitation ou égorgement et des chants incitant au *djihad*.

Une enquête permit d'établir que ces objets avaient été remis à l'intéressé par sa compagne, à l'occasion de visites au parloir.

Il avait alors été poursuivi sur le fondement de l'article 321-1 du code pénal :

- d'une part, en raison de la détention de l'ensemble des objets, du chef de recel du délit, prévu par l'article 434-35 du code pénal, de remise irrégulière d'objets à un détenu ;
- d'autre part, en raison de la seule détention des fichiers enregistrés sur la clef USB, du chef de recel du délit, prévu à l'article 421-2-5 du code pénal, d'apologie du terrorisme.

Par jugement du 3 avril 2019, le tribunal correctionnel du Havre l'avait déclaré coupable pour l'ensemble des chefs de la poursuite et condamné à quatre ans d'emprisonnement, décernant mandat de dépôt à son encontre.

Le prévenu avait relevé appel de ce jugement.

Par un arrêt du 9 septembre 2019, la cour d'appel de Rouen avait toutefois confirmé le jugement prononcé par le tribunal correctionnel du Havre.

L'intéressé avait formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt, à l'occasion duquel il avait soulevé la question de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des « *dispositions combinées des articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, en ce qu'elles incriminent, sous la qualification de recel d'apologie du terrorisme, la consultation de sites internet faisant l'apologie du terrorisme ou la possession* »

*d'un support informatique ou numérique sur lequel serait téléchargé le produit d'une telle consultation ».*

Par son arrêt précité du 24 mars 2020, la Cour de cassation l'avait jugée sérieuse et l'avait renvoyée au Conseil constitutionnel au motif « *qu'il convient que le Conseil constitutionnel puisse apprécier, au regard de ses décisions n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 qui ont, pour incriminer la consultation de sites faisant l'apologie du terrorisme, exigé que soit caractérisé chez l'auteur de cette consultation une intention terroriste, si les dispositions susvisées, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, qui admet que le recel de fichiers ou de documents apologétiques notamment issus de la consultation de tels sites puisse être incriminé si est au moins caractérisée, en la personne du receleur, une adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers, ne sont pas susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication ».*

## **II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées**

### **A. – Les griefs et la restriction du champ**

\* Le requérant soutenait que les dispositions renvoyées, telles qu'interprétées par la Cour de cassation pour fonder l'incrimination du recel d'apologie du terrorisme, méconnaissaient la liberté d'expression et de communication, le principe de légalité des délits et des peines ainsi que les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines.

Selon lui, la détention de fichiers faisant l'apologie du terrorisme ne pouvait pas être réellement distinguée de la consultation de sites à caractère terroriste, dont le délit avait été censuré par le Conseil constitutionnel, dès lors que toute consultation entraîne nécessairement des traces informatiques susceptibles d'être analysées comme des preuves du téléchargement et de la détention des documents consultés. La circonstance que ces fichiers puissent être détenus au moyen d'un support informatique ou numérique comme une clé USB plutôt qu'un ordinateur ne permettait pas davantage, selon le requérant, de caractériser un comportement substantiellement différent de la consultation directe des sites à caractère terroriste et justifiant un traitement pénal différent.

En outre, il reprochait à l'incrimination du recel d'apologie du terrorisme d'être encore plus attentatoire à la liberté d'expression et de communication que ne l'était l'infraction de consultation habituelle de sites à caractère terroriste compte tenu, d'une part, de sa portée plus large, qui incluait les hypothèses d'une consultation unique et brève de sites à caractère terroriste et la détention de fichiers faisant l'apologie du terrorisme alors même qu'ils n'ont pas été consultés,

et, d'autre part, de l'absence d'exception au principe de l'incrimination.

L'incrimination du recel d'apologie du terrorisme portait ainsi, selon lui, une atteinte non nécessaire, adaptée et proportionnée à la liberté d'opinion et de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 au regard de l'objectif de lutte contre le terrorisme, et méconnaissait également, eu égard à son champ large et imprécis, le principe de légalité des délits et des peines et les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines.

La Ligue des droits de l'homme, partie intervenante, soulevait les mêmes griefs.

À l'appui de ces griefs, elle faisait plus spécifiquement valoir que la détention et la conservation de fichiers faisant l'apologie du terrorisme ne permettaient pas de caractériser la volonté de commettre un acte terroriste ou de diffuser les contenus de ces fichiers et que, dès lors, l'interprétation jurisprudentielle des dispositions renvoyées était contraire aux exigences consacrées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions relatives au délit de consultation habituelle de sites à caractère terroriste.

\* Après avoir rappelé qu'« *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée* » (paragr. 5) et constaté que la Cour de cassation a « *reconnu l'existence d'un délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme* » fondé sur les articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal (paragr. 6), le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC aux mots « *ou de faire publiquement l'apologie de ces actes* » figurant au premier alinéa de l'article 421-2-5 du code pénal (paragr. 7).

## **B. – L'examen des griefs**

### **1. – La jurisprudence constitutionnelle relative à la liberté d'expression et de communication**

\* La protection constitutionnelle de la liberté d'expression et de communication se fonde sur l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Cette liberté recouvre celle de « *parler, écrire, imprimer* », selon les termes mêmes de l'article 11. Elle ne s'y limite toutefois pas puisqu'elle recouvre également la possibilité d'accéder à certaines informations. Le Conseil constitutionnel l'a jugé expressément pour les services de communication au public en ligne, en relevant, dans sa décision n° 2009-580 DC : « *en l'état actuel*

*des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services »<sup>39</sup>. De la même manière, dans ses deux décisions n<sup>os</sup> 2016-611 QPC et 2017-682 QPC précitées, il a placé sous la protection de la liberté d'expression et de communication « *la consultation de certains services de communication au public en ligne et [...] l'usage d'internet pour rechercher des informations* »<sup>40</sup>. L'article 11 ne consacre cependant pas un droit à obtenir la communication de certaines informations non publiques : le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que les dispositions limitant l'accès aux archives publiques des anciens présidents de la République, premiers ministres et membres du Gouvernement ne portaient pas atteinte à la liberté protégée par l'article 11. Ce qui est protégé est l'accès aux informations rendues disponibles par des tiers, pas la possibilité de forcer ceux qui détiennent des informations à les rendre publiques.*

La liberté d'expression et de communication protège donc à la fois ceux qui s'expriment et ceux qui s'informent.

\* Le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur la possibilité d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication dès lors que ces abus « portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers »<sup>41</sup>. Toutefois, il juge également de manière constante que la liberté d'expression et de communication est une liberté fondamentale « *d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* »<sup>42</sup>. Il y associe donc un régime particulièrement protecteur puisqu'il exige que « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté [soient] nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »<sup>43</sup>.

\* Le Conseil a eu l'occasion à plusieurs reprises de connaître d'incriminations pénales sanctionnant des abus d'exercice de la liberté d'expression et de communication.

\* Il a en effet été saisi à trois reprises de dispositions relatives à la négation de génocide.

---

<sup>39</sup> Décision n<sup>o</sup> 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 12.

<sup>40</sup> Décision n<sup>o</sup> 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P. (Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes)*, paragr. 15 ; décision n<sup>o</sup> 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P. (Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II)*, paragr. 15.

<sup>41</sup> Décision n<sup>o</sup> 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, cons. 5.

<sup>42</sup> Décision n<sup>o</sup> 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*, cons. 6.

<sup>43</sup> *Ibid.*

Saisi de l'incrimination de contestation ou de banalisation outrancière des génocides « *reconnus comme tels par la loi française* », il l'a censurée au motif que la loi ne pouvait avoir pour objet de reconnaître un tel crime et « *qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication* » (décision n° 2012-647 DC<sup>44</sup>).

À l'inverse, il a admis, dans sa décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, la constitutionnalité du délit de négationnisme s'agissant de la contestation de l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale. Il a en effet estimé, d'une part, que les propos incriminés « *constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme* » et donc, à ce titre, un « *abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* ». D'autre part, il s'est attaché au caractère limité de l'atteinte ainsi portée à la liberté d'expression et de communication. À ce titre, il a relevé sa spécificité liée à ce que l'incrimination pénale visait « *à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale* » et il a observé que « *seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée et que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques* ». Il en a conclu que l'atteinte était nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur<sup>45</sup>.

En revanche, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, a censuré l'infraction réprimant la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de certains crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de réduction en esclavage ou crimes de guerre, lorsque cette négation, cette minoration ou cette banalisation constituent une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale.

Il a d'abord relevé que, si elles peuvent constituer une incitation à la haine ou à la violence à caractère raciste ou religieux, la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de certains crimes ne revêtent pas, par elles-mêmes et en toute hypothèse, ce caractère. Il a également pris soin de distinguer cette infraction de celle d'apologie : « *De tels actes ou propos ne constituent pas*

---

<sup>44</sup> Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, cons. 6.

<sup>45</sup> Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R. (Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité)*, cons. 7 et 8.

*non plus, en eux-mêmes, une apologie de comportements réprimés par la loi pénale* » : à la différence de l'apologie, la négation, la minoration et la banalisation d'un crime ne consistent pas nécessairement à présenter ce crime sous un jour favorable. Le Conseil a alors jugé que « *la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de ces crimes ne peuvent, de manière générale, être réputées constituer par elles-mêmes un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* »<sup>46</sup>. Il s'agissait là d'un premier élément de distinction avec l'incrimination objet de la décision précédente : le comportement incriminé n'était pas, en lui-même, constitutif d'un abus d'exercice de la liberté protégée.

Puis il a jugé que, compte tenu de l'existence d'autres infractions déjà en vigueur, le seul effet des dispositions contrôlées était d'obliger le juge à se prononcer sur l'existence d'un crime dont la négation, la minoration ou la banalisation est alléguée, sans être saisi au fond de ce crime et sans qu'une juridiction n'ait auparavant statué sur celui-ci. Le Conseil en a conclu que « *ces dispositions font peser une incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques qui ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression* »<sup>47</sup>.

\* Dans la décision n° 2017-747 DC<sup>48</sup>, était en cause l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse tendant à réprimer « *les pressions morales et psychologiques, menaces et actes d'intimidation exercés à l'encontre de toute personne cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, quels que soient l'interlocuteur sollicité, le lieu de délivrance de cette information et son support* ».

S'il a finalement validé cet aspect du délit, c'est au prix de plusieurs réserves d'interprétation qui en ont strictement limité le champ. Constatant que les pressions en cause ne pouvaient résulter de la diffusion d'informations à un public indéterminé, le Conseil a jugé que les dispositions en cause ne pouvaient donc autoriser que « *la répression d'actes ayant pour but d'empêcher ou de tenter d'empêcher une ou plusieurs personnes déterminées de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou d'y recourir* ». Par ailleurs, il a estimé que « *sauf à méconnaître également la liberté d'expression et de communication, le délit d'entrave, lorsqu'il réprime des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, ne saurait être constitué*

---

<sup>46</sup> Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, paragr. 194.

<sup>47</sup> *Ibid.*, paragr. 195 et 196.

<sup>48</sup> Décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, paragr. 13 à 16.

*qu'à deux conditions : que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière ».*

\* Le Conseil constitutionnel a également été saisi du délit d'apologie de terrorisme, dont il a jugé qu'il ne méconnaissait pas la liberté d'expression et de communication dans sa décision n° 2018-706 QPC<sup>49</sup>.

Il s'est tout d'abord assuré que les faits en cause constituaient bien un abus de l'exercice de la liberté d'expression à l'origine d'un trouble à l'ordre public. Il a ainsi relevé que « *l'apologie publique, par la large diffusion des idées et propos dangereux qu'elle favorise, crée par elle-même un trouble à l'ordre public* » et que « *le juge se prononce en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction et des circonstances de cette dernière, notamment l'ampleur du trouble causé à l'ordre public* ».

Il s'est ensuite attaché au caractère suffisamment précis des faits incriminés, pour constater qu'ils « *ne créent pas d'incertitude sur la licéité des comportements susceptibles de tomber sous le coup du délit* ». Puis il a jugé que « *si, en raison de son insertion dans le code pénal, le délit contesté n'est pas entouré des garanties procédurales spécifiques aux délits de presse prévues par la loi du 29 juillet 1881 [...], les actes de terrorisme dont l'apologie est réprimée sont des infractions d'une particulière gravité susceptibles de porter atteinte à la vie ou aux biens* »<sup>50</sup>. Enfin, après avoir rappelé que les peines encourues pour ce délit n'étaient pas manifestement disproportionnées à la gravité des faits en cause, il a conclu que l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication était nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

\* Enfin, et concernant de manière plus topique des incriminations visant non pas le locuteur mais l'auditeur, le Conseil constitutionnel a été saisi à deux reprises du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes (décisions n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 précitées<sup>51</sup>).

À chaque fois, il a suivi le même raisonnement reconnaissant d'abord la possibilité pour le législateur de concilier les exigences de la liberté d'expression

---

<sup>49</sup> Décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018, *M. Jean-Marc R. (Délict d'apologie d'actes de terrorisme)*, paragr. 21 à 23.

<sup>50</sup> Décision n° 2018-706 QPC précitée, paragr. 23.

<sup>51</sup> Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P. (Délict de consultation habituelle de sites internet terroristes)* et décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P. (Délict de consultation habituelle des sites internet terroristes II)*.

et de communication avec celles de la lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme et examinant ensuite la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité des atteintes portées à cette liberté au regard de l'objectif ainsi poursuivi.

Au titre du contrôle de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, ces décisions s'appuient ensuite sur les dispositions déjà existantes, parmi lesquelles le Conseil constitutionnel cite explicitement l'article 421-2-5 réprimant l'apologie des actes de terrorisme<sup>52</sup>, pour conclure que « *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, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution* »<sup>53</sup>.

Au titre du contrôle des exigences d'adaptation et de proportionnalité requises en matière d'atteinte à la liberté de communication, dans la première décision, le Conseil constitutionnel relève que « *les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services* »<sup>54</sup>, insistant ainsi sur le caractère très préventif de l'infraction. Le Conseil juge alors que « *Ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation dès lors que cette consultation ne résulte pas de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle n'intervient pas dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle n'est pas réalisée afin de servir de preuve en justice* ».

En outre, il met en exergue l'imprécision des contours de l'incrimination instituée en soulignant que « *Si le législateur a exclu la pénalisation de la consultation effectuée de "bonne foi", les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer la portée que le législateur a entendu attribuer à cette exemption alors même que l'incrimination instituée, ainsi qu'il vient d'être rappelé, ne requiert pas que l'auteur des faits soit animé d'une intention terroriste* »<sup>55</sup>. Il juge alors

---

<sup>52</sup> Décision n° 2016-611 QPC précitée, paragr. 8 ; décision n° 2017-682 QPC précitée, paragr. 7.

<sup>53</sup> Décision n° 2016-611 QPC précitée, paragr. 13 ; décision n° 2017-682 QPC précitée, paragr. 13.

<sup>54</sup> Décision n° 2016-611 QPC précitée, paragr. 14.

<sup>55</sup> Décision n° 2016-611 QPC précitée, paragr. 15.

que « *les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée* »<sup>56</sup>.

Dans la seconde décision, le Conseil devait examiner la constitutionnalité d'une nouvelle infraction de consultation habituelle de sites à caractère terroriste en tenant compte des modifications apportées au dispositif par le législateur, à savoir : l'ajout comme élément constitutif complémentaire de l'infraction de « *la manifestation de l'adhésion à l'idéologie* » exprimée par les services de communication au public en ligne, à laquelle le Conseil constitutionnel avait lui-même fait référence dans sa première décision, et le remplacement de la notion de « *bonne foi* », jugée imprécise par le Conseil, par celle de « *motif légitime* » justifiant la consultation.

Reprenant le même raisonnement, le Conseil juge toutefois ces éléments insuffisants pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'incrimination dès lors que « *les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes* », qu'elles répriment d'une peine de deux ans d'emprisonnement « *le seul fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, sans que soit retenue l'intention terroriste de l'auteur de la consultation comme élément constitutif de l'infraction* » et que la portée du « *motif légitime* » autorisant la consultation ne peut être déterminée. Ces dispositions contestées font donc « *peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations* » et portent ainsi « *une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée* »<sup>57</sup>.

Cette seconde décision fait apparaître que la lacune essentielle de l'incrimination de consultation habituelle de sites à caractère terroriste était l'absence d'élément attestant la volonté de commettre un acte terroriste. L'incise par laquelle le Conseil constitutionnel avait fait référence, dans la première décision, à l'absence de manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur les sites consultés, ne présentait finalement, selon les termes du commentaire de la décision, « *qu'un caractère secondaire par rapport à l'élément principal* » relatif à l'absence d'intention terroriste.

\* Dans sa décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions instituant une peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité (sauf décision contraire du juge) à l'encontre des personnes coupables de certains délits de presse punis d'une peine

---

<sup>56</sup> Décision n° 2016-611 QPC précitée, paragr. 16.

<sup>57</sup> Décision n° 2017-682 QPC précitée, paragr. 14 à 16.

d'emprisonnement prévus aux articles 24, 24 bis, 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881<sup>58</sup>. Considérant que « *la liberté d'expression revêt une importance particulière dans le débat politique et dans les campagnes électorales* », le Conseil a jugé que, « *pour condamnables que soient les abus dans la liberté d'expression visés par ces dispositions* », en prévoyant l'inéligibilité obligatoire de leur auteur, le législateur a porté à la liberté d'expression une atteinte disproportionnée<sup>59</sup>.

\* En dehors du champ pénal, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution le dispositif administratif de restriction des accès aux sites internet présentant de la pornographie infantile. Après avoir relevé que cette restriction d'accès, qui visait « *la protection des utilisateurs d'internet* », ne concernait que ce contenu particulier et que la décision administrative pouvait être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le Conseil a jugé que ces dispositions assuraient une conciliation qui n'était pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication (décision n° 2011-625 DC<sup>60</sup>).

## **2. – L'application à l'espèce**

\* La QPC à l'origine de la décision commentée portait sur des dispositions qui, dans la même rédaction que celle contestée par le requérant, avaient déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision du Conseil constitutionnel n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018 précitée.

Le Conseil constitutionnel devait donc tout d'abord se prononcer sur l'existence de circonstances nouvelles justifiant leur réexamen.

En effet, conformément aux dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une QPC relative à une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions que si un changement de circonstances est intervenu postérieurement à cette déclaration de conformité.

---

<sup>58</sup> Étaient ainsi notamment visées l'apologie ou la contestation de certains crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de réduction en esclavage ou crimes de guerre, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard de personnes à raison de leur origine, de leur appartenance ou non à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap, ainsi que la diffamation et l'injure publiques à raison des mêmes critères.

<sup>59</sup> Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, paragr. 13.

<sup>60</sup> Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 8.

En l'espèce, le Conseil a considéré qu'un tel changement de circonstances était constitué par la décision de la Cour de cassation du 7 janvier 2020 incriminant le recel d'apologie du terrorisme sur le fondement de l'article 421-2-5 du code pénal et par la décision de renvoi du 24 mars 2020 précitée confirmant cette nouvelle incrimination, et qu'il était donc justifié « *le réexamen des dispositions contestées* » (paragr. 10).

\* Après avoir admis la recevabilité de la QPC, le Conseil constitutionnel devait répondre au grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'expression et de communication.

Cet examen supposait d'apprécier si l'incrimination du recel d'apologie du terrorisme portait à cette liberté une atteinte nécessaire, adaptée et proportionnée au regard de « *l'objectif de lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme* », qui, comme le Conseil l'a déjà relevé dans ses décisions n<sup>os</sup> 2016-611 QPC et 2017-682 QPC précitées, « *participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions* » (paragr. 12).

À cette fin, il a commencé par rappeler les éléments de définition du délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme, constitué par « *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* » et les peines encourues par les personnes poursuivies de ce chef (paragr. 13).

Il a ensuite souligné que « *ce délit a pour objet, d'une part, de prévenir la diffusion publique d'idées et de propos dangereux en lien avec le terrorisme et, d'autre part, de prévenir l'endoctrinement d'individus susceptibles de réitérer de tels propos ou de commettre des actes de terrorisme* » (paragr. 14).

Sur la nécessité d'une telle incrimination, le Conseil constitutionnel a réitéré le raisonnement suivi dans ses décisions n<sup>os</sup> 2016-611 QPC et 2017-682 QPC relatives au délit de consultation habituelle de sites à caractère terroriste, auxquelles il a expressément fait référence. Il a ainsi constaté, une nouvelle fois, que « *la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que l'incrimination contestée et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme* » (paragr. 15) et que « *le législateur a conféré à l'autorité administrative de nombreux pouvoirs afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme* » (paragr. 18).

Après avoir énuméré ces infractions et les pouvoirs reconnus pour les poursuivre, il en a conclu qu'« *au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication, les autorités administrative et*

*judiciaire disposent, indépendamment du délit contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour lutter contre la diffusion publique d'apologies d'actes de terrorisme et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ou collectant ces messages et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation ou cette collection s'accompagnent d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution » (paragr. 22).*

En ce qui concerne ensuite le caractère adapté et proportionné de l'atteinte à la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel a pris en compte plusieurs éléments.

Il a d'abord relevé que la seule détention de fichiers ayant un contenu apologétique ne présente pas les mêmes risques que l'apologie publique du terrorisme puisque, « *si l'apologie publique d'actes de terrorisme favorise la large diffusion d'idées et de propos dangereux, la détention des fichiers ou documents apologétiques n'y participe qu'à la condition de donner lieu ensuite à une nouvelle diffusion publique* » (paragr. 23). Le recel d'une apologie ne cause donc pas le même trouble que la diffusion de cette apologie et ne conduit pas nécessairement à la réitération de cette apologie.

Le Conseil s'est ensuite attaché à la question de la volonté de commettre des actes terroristes, qui constituait un des éléments d'appréciation essentiels de ses décisions sur le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes. Sur ce point, il a constaté que « *l'incrimination de recel d'apologie d'actes de terrorisme n'exige pas que l'auteur du recel ait la volonté de commettre des actes terroristes ou d'en faire l'apologie* ». Pour le Conseil, « *Si, conformément à l'interprétation qu'en a retenue la Cour de cassation, la poursuite de cette infraction suppose d'établir l'adhésion du receleur à l'idéologie exprimée dans les fichiers ou documents apologétiques, ni cette adhésion ni la détention matérielle desdits fichiers ou documents ne sont susceptibles d'établir, à elles seules, l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes ou d'en faire l'apologie* » (paragr. 24). D'une simple adhésion à une idéologie, on ne pouvait conclure une intention délictuelle.

Le Conseil constitutionnel a par conséquent relevé que « *Le délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme réprime donc d'une peine qui peut s'élever, selon les cas, à cinq, sept ou dix ans d'emprisonnement le seul fait de détenir des fichiers ou des documents faisant l'apologie d'actes de terrorisme sans que soit retenue l'intention terroriste ou apologétique du receleur comme élément constitutif de l'infraction* » (paragr. 25).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a jugé que le délit de recel d'apologie du terrorisme portait à la liberté d'expression et de communication, une atteinte qui n'était pas nécessaire, adaptée et proportionnée (paragr. 26).

Pour remédier à cette inconstitutionnalité, qui ne résultait pas des termes de l'article 421-2-5 du code pénal mais de leur interprétation par la Cour de cassation, le Conseil a formulé une réserve d'interprétation selon laquelle « *Les mots "ou de faire publiquement l'apologie de ces actes" figurant au premier alinéa de l'article 421-2-5 du code pénal ne sauraient donc, sans méconnaître cette liberté, être interprétés comme réprimant un tel délit* » (paragr. 26).

Compte tenu de cette réserve d'interprétation, le délit d'apologie du terrorisme retrouvait le champ qu'il recouvrait lorsque le Conseil constitutionnel en avait été saisi dans sa décision n° 2018-706 QPC précitée. Dès lors, le Conseil s'est borné à renvoyer à cette décision pour confirmer que, dans cette acception plus restreinte, les dispositions contestées de l'article 421-2-5 du code pénal ne méconnaissaient ni la liberté d'expression et de communication, ni les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines (paragr. 27).

Constatant qu'elles ne méconnaissaient aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil les a donc déclarées conformes à la Constitution sous la réserve précédemment énoncée (même paragr.).