

CONSEIL D'ETAT**Assemblée générale****Séance du jeudi 22 mai 2025**

N°409619
Mme GUEGUEN
rapportheure

**EXTRAIT DU REGISTRE DES
DELIBERATONS****AVIS SUR UNE PROPOSITION DE LOI**

visant à lutter contre les formes renouvelées de l'antisémitisme (n°575)

1. Saisi par la présidente de l'Assemblée nationale le 6 mai 2025 sur le fondement du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution et de l'article 4 *bis* de l'ordonnance n° 58-1100 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, d'une demande d'avis sur la proposition de loi visant à lutter contre les formes renouvelées de l'antisémitisme déposée le 19 novembre 2024 par Mme Caroline Yadan, députée, le Conseil d'Etat, après en avoir examiné le contenu, formule les observations et suggestions qui suivent.

2. L'exposé des motifs de cette proposition de loi relève que l'antisémitisme se nourrit aujourd'hui de la haine à l'égard de l'Etat d'Israël, « *délégitimé dans son existence* » et criminalisé en étant comparé au régime nazi, et que les appels à sa destruction lors de manifestations ou sur les réseaux sociaux se multiplient, et sont une manière détournée de s'attaquer à la communauté juive dans son ensemble.

3. Il souligne que cette évolution se traduit par le nombre des agressions antisémites recensées, qui ont essentiellement évolué au gré des crises du conflit israélo-palestinien. En nette augmentation depuis le début des années 2000, lors la seconde « Intifada », les actes antisémites sont passés de quelques dizaines par an à la fin des années 1990 à plusieurs centaines par an dès 2000, et ils ont à nouveau considérablement augmenté depuis les évènements du 7 octobre 2023.

Selon le rapport des « *Assises de lutte contre l'antisémitisme* » publié le 28 avril dernier, la direction nationale du renseignement territorial a recensé, en 2023, 1 676 actes antisémites et 1 570 actes en 2024, ce qui représente « *62 % de l'ensemble des faits antireligieux en 2024 pour moins de 1 % de la population* ». Il est d'ailleurs vraisemblable que, comme pour toute forme de discrimination, ces actes sont sous-évalués par les statistiques.

4. Exprimant leur préoccupation face à cette évolution, l'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté respectivement en 2019 et 2021 une résolution approuvant la définition opérationnelle de l'antisémitisme admise, le 26 mai 2016, par 31 Etats membres de l'Alliance internationale pour la mémoire de l'Holocauste (IHRA), qui mentionne des exemples de nouvelles formes d'antisémitisme. La résolution adoptée par l'Assemblée nationale indique que cette définition « *constituerait un instrument efficace de lutte contre l'antisémitisme dans sa forme moderne et renouvelée, en ce qu'elle englobe les manifestations de haine à l'égard de l'Etat d'Israël justifiées par la seule perception de ce dernier comme collectivité juive* ».

Ces résolutions n'ayant cependant pas de valeur contraignante, plus d'une centaine de députés, à l'initiative de Mesdames Caroline Yadan et Aurore Bergé, se sont prononcés en faveur d'un renforcement du cadre juridique existant.

5. C'est l'objet de la proposition de loi visant à lutter contre les formes renouvelées de l'antisémitisme, décrites dans l'exposé des motifs comme étant l'appel à la destruction d'Israël et sa comparaison au régime nazi, lesquels, diffusés de manière répétée dans les médias, sur les réseaux sociaux ou lors de manifestations publiques, viennent insidieusement nourrir une haine antijuive.

6. Pour atteindre cet objectif, l'article 1^{er} de la proposition de loi entend préciser et étendre le champ du délit de provocation à des actes de terrorisme ou d'apologie publique de tels actes, prévu à l'article 421-2-5 du code pénal. Il prévoit par ailleurs l'harmonisation consécutive de la rédaction de l'article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure, ainsi que l'extension de l'application de ces nouvelles dispositions en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna. L'article 2 prévoit un nouveau délit réprimant le fait de provoquer à la destruction ou à la négation d'un Etat ou de faire publiquement l'apologie de sa destruction ou de sa négation. L'article 3 élargit les conditions de recevabilité des associations antiracistes qui souhaitent se porter partie civile ou engager des poursuites. Enfin, l'article 4 vise à préciser et étendre le délit de contestation de la Shoah en prévoyant l'application de ces nouvelles dispositions dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

7. Le Conseil d'Etat souligne, à titre liminaire, la gravité de l'évolution de l'antisémitisme et notamment des agissements mentionnés aux points 2 et 3. Il rappelle que les premiers mots du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclament que le rétablissement des institutions républicaines a été opéré « *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes ayant tenté d'asservir la personne humaine* » et que la République doit se préserver, par la loi et la justice, de toute menace raciste ou antisémite ayant les mêmes visées

Sur le cadre constitutionnel et conventionnel

8. Le Conseil d'Etat rappelle que la liberté de communication des pensées et des opinions, proclamée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, est une liberté constitutionnelle particulièrement protégée. Selon le Conseil constitutionnel, il s'agit « *d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* », de sorte que « *la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* » (décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, cons. 37). Le Conseil constitutionnel a également précisé que s'il est loisible au législateur « *d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* » c'est à la condition que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté soient « *nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, cons. 5 ; décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, par.193 à 197).

9. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel juge que, s'agissant des incriminations pénales, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui fonde le principe de légalité des délits et des peines, impose au législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire, et pour n'établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 ; décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985). Le Conseil constitutionnel a également précisé que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi (décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013).

10. Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protège la liberté d'expression, qui comprend « *la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ». Le même article prévoit que cette liberté peut être limitée par la loi, mais uniquement lorsqu'il s'agit de « *mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

La Cour européenne des droits de l'homme souligne en conséquence le rôle central de cette liberté dans une société démocratique, en admettant même qu'elle s'étende à des idées qui « *heurtent, choquent ou inquiètent* » (CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, n° 5493/72), et à la remise en cause de vérités historiques (CEDH, arrêt du 15 octobre 2015, Perinçek c. Suisse, n° 27510/08). Elle considère que les limitations imposées à ces libertés par le législateur qui constituent des ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression nécessitent de rechercher si elles poursuivent un but légitime et si elles ne sont pas disproportionnées au regard de celui-ci en s'attachant à l'analyse du contexte dans lequel les faits ont été commis, à la qualité de leur auteur et à son intention réelle (CEDH, arrêt du 2 octobre 2008 Leroy c. France, 36109/03 ; CEDH, arrêt du 20 décembre 2022, Zemmour c. France, n° 63539/19).

En ce qui concerne le délit de provocation à des actes de terrorisme ou d'apologie publique de tels actes.

11. Les dispositions de l'article 1^{er} de la proposition de loi tendent à renforcer et à étendre le champ d'application du délit de provocation à des actes de terrorisme ou d'apologie publique de tels actes, prévu à l'article 421-2-5 du code pénal et puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende ou de 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende si les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne. L'insertion de ce type de dispositions dans le code pénal plutôt que dans la loi de 1881 a été admise par le Conseil constitutionnel au regard de la gravité des actes réprimés (décision n° 2018-706 QPC 18 mai 2018, par. 23), de même que l'aggravation en cas de diffusion sur les réseaux sociaux (même décision, par. 12).

12. L'examen de la proposition de loi, à la lumière des exigences rappelées aux points 8 à 10, conduit le Conseil d'Etat à observer que les dispositions proposées encourent un risque de censure tant sur le plan constitutionnel que conventionnel. Il estime, d'une part, que l'ajout de l'adverbe « *indirectement* » au premier alinéa de cet article, lequel incrimine « *Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes* », s'il a pour but d'élargir le champ d'application de l'incrimination en évitant une appréciation trop stricte et non contextualisée du lien de causalité entre la provocation, qui nécessite un appel ou une exhortation intentionnelle à commettre des actes de terrorisme, et de tels actes, pourrait conduire en réalité à une indétermination du champ de l'infraction et à une redondance de qualification, dès lors qu'en dehors de faits qualifiables, par le même texte, d'apologie du terrorisme, aucun exemple de provocation « *indirecte* » à des actes de terrorisme n'est donné dans l'exposé des motifs, ni d'ailleurs, n'apparaît facilement concevable.

13. Il considère d'autre part, que l'article 1^{er} de la proposition de loi en ce qu'il vise, en ses cinquième et sixième alinéas, à sanctionner des propos publics présentant des actes de terrorisme comme une légitime résistance, ainsi que le fait d'inciter publiquement à porter sur ces actes ou sur leurs auteurs un jugement favorable, portent sur des agissements déjà incriminés par la qualification d'apologie du terrorisme comme le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le constater dans une décision du 18 mai 2018 (décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018, par. 8 et 9) et ainsi que le juge la Cour de cassation (Crim., 27 novembre 2018, n° 17-83.602 ; Crim., 11 décembre 2018, n° 18-82.712 ; Crim., 10 mars 2020, n° 19-81.026). Les auteurs de la proposition de loi souhaitent introduire explicitement cette jurisprudence dans la loi.

A cet égard, sans méconnaître la vertu pédagogique que pourrait avoir la rédaction de l'article 421-2-5 du code pénal ainsi précisée, le Conseil d'Etat relève que le fait de présenter comme deux infractions distinctes les agissements mentionnés au cinquième et au sixième alinéas de la proposition de loi peut compliquer la tâche des autorités de poursuite et fragiliser les procédures en limitant les marges d'appréciation du juge et l'évolution ultérieure de la jurisprudence, qui doit pouvoir s'adapter aux pratiques des délinquants.

14. Enfin, le Conseil d'Etat estime que l'article 1^{er} de la proposition de loi en créant à son huitième alinéa un nouveau délit, plus faiblement réprimé que l'apologie du terrorisme et visant tous les actes et tous les propos qui ont pour objet ou pour effet de banaliser, de minorer ou de relativiser les actes de terrorisme ou le danger représenté par les auteurs de ces actes, ne servira pas à atteindre l'objectif qu'il se fixe, dès lors qu'actuellement, ainsi qu'il est précisé au point 13, les actes et propos ainsi visés sont d'ores et déjà couverts par l'incrimination d'apologie du terrorisme plus fortement réprimée.

15. Le Conseil d'Etat ajoute que ces observations sont transposables à l'examen des alinéas 9 à 17 de l'article 1^{er} de la proposition de loi, qui envisagent la modification du premier alinéa de l'article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure afin d'en harmoniser la rédaction avec celle de l'article 421-2-5 du code pénal. En effet, l'article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure, qui autorise le préfet de police, aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, à prononcer la fermeture de lieux de culte, comprend d'ores et déjà parmi les faits susceptibles de permettre une telle fermeture ceux qui relèvent de l'apologie du terrorisme.

Aussi, afin de permettre d'atteindre les objectifs de précision et de pédagogie poursuivis par les auteurs de la proposition de loi en évitant autant que faire se peut les risques d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité, le Conseil d'Etat suggère de rédiger ainsi le premier alinéa de l'article 421-2-5 du code pénal : « *Le fait de provoquer directement, même implicitement, à des actes de terrorisme, ou de faire publiquement l'apologie de ces actes ou de leurs auteurs, y compris, en cas d'apologie, en minorant ou banaliser les actes de façon outrancière, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.* ».

En ce qui concerne le délit de provocation à la destruction ou à la négation d'un Etat

16. S'agissant, en deuxième lieu, de l'article 2 de la proposition de loi, qui prévoit la création, au Titre III du Livre IV du code pénal, d'un nouveau chapitre numéroté VII intitulé « *De la provocation à la destruction ou à la négation d'un Etat* », à l'intérieur duquel figureraient un article 437-1 réprimant le fait de provoquer à la destruction ou à la négation d'un État ou de faire publiquement l'apologie de sa destruction ou de sa négation, le Conseil d'Etat rappelle que même si l'Etat est classiquement décrit en droit international par référence à l'article 1^{er} de la Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats de 1933, la notion d'Etat n'a pas de définition juridique précise. Le droit international ne prescrit pas davantage de modalités particulières de reconnaissance d'un Etat, laquelle est une décision discrétionnaire d'un Etat envers un autre Etat, unilatérale et simplement déclarative, de sorte qu'il ne peut y avoir de reconnaissance directe d'un Etat par une organisation internationale, mais uniquement une reconnaissance par chacun des Etats membres de celle-ci. Le Conseil d'Etat estime que l'imprécision de cette notion, le fait que la proposition de loi vise à réprimer la provocation à commettre des faits qui ne sont pas à ce jour eux-mêmes constitutifs d'une infraction et la difficulté à tracer une frontière avec la liberté d'expression qui ne soit pas celle de la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, font peser des risques constitutionnels sur ces dispositions au regard des principes de nécessité, clarté et intelligibilité de la loi pénale.

17. Pour réduire ces risques et pour satisfaire aux exigences du principe de légalité, le Conseil d'Etat propose de définir l'Etat auquel se réfère l'infraction comme étant tout Etat reconnu par la France, renvoyant ainsi à une notion précise et déterminée. Il propose ensuite de mieux assurer la préservation de la liberté d'expression en cantonnant la pénalisation aux hypothèses d'appel à la destruction d'un Etat par le recours à des moyens contraires aux « *but et principes des Nations Unies* », notion déjà communément utilisée par la jurisprudence pour apprécier le droit au statut de réfugié et renvoyant aux articles 1 et 2 de la charte des Nations Unies.

18. Le Conseil d'Etat, relève, en effet, qu'il s'agit ici de réprimer des abus de la liberté d'expression. Or, le Conseil constitutionnel (décision du 18 mai 2018 précitée) estime que seule la gravité de la menace pour l'ordre public justifie qu'une atteinte à la liberté d'expression fasse l'objet d'une répression relevant du code pénal plutôt que de bénéficier des protections du régime spécial de la loi de 1881. Le Conseil d'Etat estime en conséquence nécessaire, pour se conformer aux exigences constitutionnelles, que la disposition visant à atteindre l'objectif recherché par les auteurs de la proposition de loi trouve sa place dans la loi de 1881 avec une rédaction qui pourrait figurer au cinquième alinéa de son article 24 en insérant après les mots : « *par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront* » un 1^o reprenant à partir de ces derniers le contenu de l'actuel alinéa 5, et en le faisant suivre d'un 2^o qui pourrait être ainsi rédigé : « *appelé publiquement, en méconnaissance du droit des peuples* ».

à disposer d'eux-mêmes et des buts et principes de la charte des Nations Unies, à la destruction d'un Etat reconnu par la République française ».

19. L'article 3 de la proposition de loi élargit les conditions de recevabilité des associations antiracistes qui souhaitent se porter partie civile ou engager des poursuites. Le Conseil d'Etat estime que si les modifications proposées aux quatre premiers alinéas n'appellent pas de remarques particulières, celles proposées aux cinquième, sixième et septième alinéas lui apparaissent sans objet, compte tenu des observations qui précédent.

20. Enfin, s'agissant de l'article 4 de la proposition de loi, qui a pour objet de préciser et d'étendre le délit de contestation de la Shoah, le Conseil d'Etat considère que le troisième alinéa de cet article, qui consacre la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 24 mars 2020, n° 19-80.783) n'appelle pas de commentaires sous réserve de remplacer les mots : « *, soit par des personnes qui ont décidé ou organisé ces crimes, peu important que leur exécution matérielle ait été, partiellement ou complètement, le fait de tiers* » ajoutés à la fin du premier alinéa de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881, par les mots : « *, soit par ces mêmes personnes lorsqu'elles ont décidé ou organisé ces crimes, nonobstant la circonstance que leur exécution matérielle ait été, partiellement ou complètement, le fait de tiers* » afin, en limitant expressément le champ personnel de l'incrimination, de ne pas porter une atteinte excessive à la liberté d'expression (Conseil constitutionnel, décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, cons. 8).

21. Le Conseil d'Etat observe par ailleurs que les quatrième et cinquième alinéas de l'article 4 de la proposition de loi, qui là encore tendent à incorporer dans la loi la jurisprudence de la Cour de cassation (Crim., 19 octobre 2021, n° 20-84.127 ; Crim., 5 septembre 2023, n° 22-83.953), procèdent par voie d'énumération, ce qui pourrait laisser penser qu'elle est exhaustive, privant ainsi le juge de la faculté d'interprétation qui lui appartient et dont il sait faire usage utilement comme le relèvent les auteurs de la proposition de loi. Dès lors, sans méconnaître l'intérêt de faciliter l'appréhension du premier alinéa de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 en apportant certaines précisions pour des raisons pédagogiques, le Conseil d'Etat suggère de limiter leur nombre en adoptant une rédaction qui pourrait rappeler que, « *quelle que soit sa formulation, constitue une contestation au sens de l'alinéa précédent une négation, une minoration ou une banalisation outrancière de l'existence d'un ou des crimes qui y sont mentionnés* », en laissant au juge le soin d'apprécier si, dans le contexte de l'affaire qui lui est soumise, l'infraction est caractérisée.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 22 mai 2025.

SIGNÉ : Le président :

Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'Etat,

La rapporteure :

Christine Gueguen, conseillère d'Etat en service extraordinaire

Le secrétaire de séance :

Thierry-Xavier Girardot, secrétaire général du Conseil d'Etat.

POUR EXTRAIT CERTIFIE CONFORME :

La secrétaire de la section de l'intérieur

signé

Chrystel Martens