

Université de Nantes

Faculté de droit et des sciences politiques

**Mémoire pour le diplôme de Master 2 Droit pénal et
sciences criminelles**

Année universitaire 2012-2013

**LA REPRESSION DE LA
PROVOCATION**

Clotilde LECOMTE

Sous la direction de

M. François Rousseau, professeur des universités

*Je tiens tout particulièrement à remercier Monsieur François Rousseau
pour sa disponibilité et ses conseils avisés.*

Sommaire

Introduction

Chapitre 1 : Les éléments de divergence des infractions autonomes de provocation

Section 1 : Des divergences tenant au comportement du provocateur

Section 2 : Des divergences tenant au résultat de l'acte de provocation

Chapitre 2 : Les éléments de convergence des infractions autonomes de provocation

Section 1 : Des éléments communs aux infractions autonomes de provocation

Section 2 : De l'unification des infractions de provocation à l'incrimination générale de la provocation ?

Introduction

1. « A la liberté de provocation répond la liberté d'objection »¹

2. Si Bernard Pivot considère qu'il puisse exister une liberté de provoquer, il en est tout autrement à la lecture du Code Pénal. En réalité, c'est le Code Pénal qui réprime principalement la provocation². Ou, pour être plus précis, ces codes répriment les différentes formes que peut recouvrir la provocation. La provocation est ainsi susceptible de répression en France.

3. Le terme de « répression » peut être défini comme le fait de « mettre fin à une activité criminelle en traduisant son auteur devant les tribunaux répressifs et en obtenant de ceux-ci le prononcé d'une peine adéquate »³. Il s'agit donc des moyens par lesquels des mesures punitives seront prises à l'encontre de ceux qui contreviennent aux règles d'une société.

4. Il faut relever que la provocation n'est pas définie de manière juridique par le législateur. C'est pourquoi, il faut se contenter des définitions que peut en donner la doctrine. Du latin *provocatio*, « défi, appel, droit d'appel »⁴, cette notion dérive de l'action de « provoquer », qui vient du latin *provocare*. « Ce terme, famille de vox (voix), signifie appeler en avant, faire appel »⁵. Certains auteurs, comme le professeur Jean-Paul Doucet⁶, distinguent la provocation de l'instigation. La provocation désignerait « le fait d'inciter la population par des discours ou des écrits à perpétrer une infraction » ; tandis que l'instigation se définirait comme le fait de « pousser une personne précise à commettre un acte illicite par l'emploi d'adminicules ». Il y a des divergences dans l'appréhension de la définition de la provocation selon les auteurs. En effet, « certains auteurs emploient le terme provocateur

¹ B. Pivot, *Le métier de lire*, éditions Gallimard, 1990.

² Il y a également d'autres codes comme le Code de justice militaire, le Code de la sécurité sociale, etc.

³ J.-P. Doucet, *Dictionnaire de droit criminel*, édition 2010, www.ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm, V° Répression.

⁴ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales www.cnrtl.fr/ V° Provocation.

⁵ S. Martin-Valente, *La provocation en droit pénal*, Thèse Paris XI, mai 2002.

⁶ J.-P. Doucet, op. cit., V° Provocation.

dans une acception large⁷. D'autres retiennent une conception étroite et désignent seulement par là l'auteur d'une provocation dont le destinataire n'est pas déterminé⁸ »⁹.

Fabrice Defferard a pu quant à lui, la définir comme « l'action intentionnelle par laquelle une personne, par tout moyen légalement admis, entend influencer la raison d'autrui en vue d'y établir les conditions les plus favorables à la commission d'un agissement attentatoire à une valeur protégée »¹⁰. Un autre auteur a pu la définir comme « l'expression d'une pensée adressée à autrui afin de lui faire abandonner une passivité intellectuelle ou physique »¹¹. Entre conceptions étroite ou large, il faudra dans cette étude privilégier une conception plus élargie de la provocation, qui correspond mieux à notre champ d'étude. Dès lors, dans cette acception, l'instigateur sera entendu comme appartenant à la catégorie des provocateurs (ceux qui incitent à faire quelque chose).

5. Il semble difficile de retenir une définition unique de la provocation tant les opinions doctrinales divergent sur ce point. Pour tenter d'élaborer des éléments communs à ces différentes définitions, il faut reprendre ce qu'a souligné Diane Portolano¹² dans sa thèse pour permettre une caractérisation d'une infraction de provocation : « en premier lieu, doit être relevé un caractère délibéré, conscient, volontaire. En deuxième lieu, la provocation constitue toujours une interaction entre, au moins, deux personnes : le provocateur et la personne provoquée. Enfin, la provocation se traduit nécessairement par une transgression de normes, de règles ou de tabous ». La provocation se réalise en principe à personne déterminée. Toutefois, dans certaines hypothèses spécialement régies par les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881¹³, la provocation peut s'adresser au public, et donc, de manière indéterminée.

6. Il faut revenir dans un premier temps à l'histoire de la notion de provocation. La première manifestation de la provocation apparaît à l'époque romaine à travers la *provocatio*

⁷ Voir notamment F. Boulan, *La provocation*, Problèmes actuels de science criminelle, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1989, p.7 : « Le provocateur est un individu qui, par le geste, la parole, l'écrit, l'attitude appelle à agir ou à s'abstenir, incite, excite ou guide autrui, bref constitue à l'adoption d'un certain comportement par une ou plusieurs personnes »

⁸ Voir en ce sens, J.-P. Doucet, *La loi pénale*, Gazette du Palais, 1986, p.297 : « alors que l'instigateur s'efforce de donner à une personne précise une raison d'agir, le provocateur s'adresse à la foule, espérant que l'un de ses auditeurs ou que l'un de ses lecteurs accomplira l'acte qu'il souhaite voir se perpétrer »

⁹ S. Martin-Valente, op. cit.

¹⁰ F. Defferard, *La provocation*, RSC 2002, p.233

¹¹ J. Dupuy, *La provocation en droit pénal*, thèse Limoges, 1978, p.2

¹² D. Portolano, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, Bibliothèque des sciences criminelles tome 53, LGDJ.

¹³ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

ad populum. Dans cette hypothèse, toute décision criminelle qui était rendue par les consuls était susceptible d'un appel au peuple, réuni en comices, par un citoyen¹⁴.

La première consécration, de manière généralisée, de la notion de provocation est apparue avec le Code Pénal du 18 juillet 1791¹⁵. Les dispositions furent reprises et étendues au sein de l'article 60 du Code Pénal de 1810¹⁶. La provocation n'était appréhendée que comme un acte constitutif de complicité. Très vite, cette répression trouva ses insuffisances, particulièrement en raison de la théorie de l'emprunt de criminalité qui a fait l'objet de nombreuses critiques. « Critiqué dans son fondement, le système de l'emprunt de criminalité l'était en ce qu'il part du postulat que l'acte du complice est dépourvu de criminalité propre et qu'il ne fait que l'emprunter à l'acte accompli par l'auteur principal, ce qui conduit à méconnaître le rôle original tenu par le complice et les particularités de l'acte de complicité. Critiqué dans certaines de ses applications, le système de l'emprunt de criminalité l'était notamment quand il conduisait à l'impunité du complice au cas où celui-ci aurait provoqué à une infraction qui n'aurait finalement pas été commise ni tentée (...) »¹⁷. Mais, sur le fond même de la notion de complicité, il y a également un problème d'« inadaptation de la notion de complicité à la désignation et la répression des actes d'instigation »¹⁸. En effet, le complice est davantage entendu comme un simple allié¹⁹ et « s'il est puni comme s'il était auteur de l'infraction, c'est parce qu'il a adhéré à l'idée de son accomplissement et que cette adhésion s'est matérialisée par l'exécution d'un ou plusieurs actes matériels d'aide ou d'assistance tendant à faciliter sa réalisation »²⁰. Or, « socialement, cette erreur est lourde de conséquences puisqu'elle conduit à présenter comme un simple allié, un comparse, celui qui est l'initiateur (et, par conséquent, principal responsable puisqu'il en est la source) du processus criminel engagé et, parfois très

¹⁴ E. Desguerrois, *La complicité*, Thèse Montpellier, 1887, p.27, cité par D. Portolano, op. cit.

¹⁵ II^e partie, Titre III, Article 1 : « Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir par dons, promesses, ordres ou menaces, provoqué le coupable ou les coupables à le commettre ou d'avoir sciemment, et dans le dessein du crime, procuré aux coupables les moyens, armes ou instruments qui ont servi à leur exécution, ou d'avoir sciemment et dans le dessein du crime, aidé et assisté le coupable ou les coupables, doit dans les faits qui ont préparé ou facilité son exécution, soit dans l'acte même qui l'a consommé, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime ».

Article 2 : « Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir provoqué directement à le commettre soit par des discours prononcés dans des lieux publics, soit par des placards ou bulletins affichés ou répandus dans lesdits lieux, soit par des écrits rendus publics par la voie de l'impression, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime ».

¹⁶ Article 60 du Code Pénal : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué cette action ou donné des instructions pour la commettre ».

¹⁷ S. Fournier, *Le Nouveau Code Pénal et le droit de la complicité*, RSC 1995, p.475

¹⁸ J. Biguenet, *De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation*, Revue Droit Pénal n°6, juin 2001, chronique 25, n°4 et s.

¹⁹ Le terme de complice venant du latin *compilas*, « allié uni étroitement à ».

²⁰ J. Biguenet, op. cit., n°7.

injustement, l'auteur dit principal comme était l'agent le plus coupable dans ce processus »²¹. Pour pallier ce manque, de nouvelles qualifications furent adoptées par la jurisprudence²² et par le législateur. La création d'infractions autonomes de provocation tout au long du XX^e siècle, bien que palliant les lacunes de la provocation en tant qu'acte de complicité, s'oppose à la conception de la provocation qui avait cours jusqu'à cette époque, et, même après l'adoption du Nouveau Code Pénal²³.

6. En effet, à partir de la création de ces incriminations, le provocateur peut désormais être qualifié d'auteur juridique de l'infraction de provocation - et non plus être qualifié seulement qu'en simple complice – alors même que la provocation peut ne pas avoir été suivie d'effet (contrairement au droit commun où la provocation en tant qu'acte de complicité doit nécessairement avoir été suivie d'effet pour pouvoir être réprimée).

Certains auteurs ont vu en la multiplication de ces infractions autonomes²⁴ de provocation la fin de la provocation en tant qu'acte de complicité : « la théorie de la complicité est aujourd'hui dépassée. La multiplicité des délits spéciaux est un fulgurant démenti de l'utilité d'un procédé qui ne peut qu'étouffer la répression de la provocation car il minimise l'essentiel de ce comportement, à savoir l'intention criminelle »²⁵. Toutefois, malgré ces critiques, l'article 121-7 du Code Pénal qui réprime – notamment – la provocation en tant qu'acte constitutif de complicité, perdure, parallèlement aux infractions autonomes de provocation qui continuent de se multiplier.

7. Tout l'intérêt du sujet réside en ce que le provocateur est au cœur même de l'atteinte par le provoqué, à l'encontre d'une valeur protégée. Ce qui fait dire à Mme Martin-Valente que « le provocateur est animé d'une force de conviction importante puisqu'il parvient à déterminer la volonté criminelle d'un tiers. (...) Les moyens que le provocateur emploie sont uniquement d'inspiration intellectuelle. Les provocateurs, aussi puissants soient-ils, n'agissent jamais seuls. (...) Sans doute, la suggestion criminelle du provocateur sur le provoqué n'aura

²¹ Ibid, n°9.

²² La solution se retrouve essentiellement en droit pénal des affaires, notamment en matière de fraude : voir par exemple, Cass. Crim., 13 juin 1902, Bull. Crim. n°220 ; ou encore, Cass. Crim. 11 janvier 1986, Bull. Crim. n°67.

²³ Article 121-7 du Code pénal : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

²⁴ Elles sont dites autonomes car elles ne dépendent pas du régime de la provocation de droit commun, c'est-à-dire, la provocation en tant qu'acte de complicité.

²⁵ J. Dupuy, op. cit.

pas toujours la même intensité. Pour les uns, les sollicitations ne seront qu'un aiguillon qui fixe l'idée du crime dans leur esprit, qu'un coup de pouce donné à leur prédisposition au crime. Pour les autres, ces mêmes sollicitations viendront pervertir leur honnêteté qui serait restée telle sans jamais parvenir à elle seule à une action criminelle. Or, que le provocateur fasse naître la résolution criminelle ou ne fasse que la consolider dans l'esprit de celui qui exécute le délit, sa participation revêt exclusivement une forme intellectuelle et dynamique »²⁶. Il est important de relever le caractère dangereux et le rôle non négligeable du provocateur dans le passage à l'acte par le provoqué : « des études phénoménologiques ont permis de retracer les difficultés plus ou moins grandes qu'une personne peut éprouver à passer à l'acte²⁷. Néanmoins, les provocations sont particulièrement dangereuses puisqu'elles amènent le provoqué à vaincre la réticence naturelle qu'il peut éprouver à passer à l'acte »²⁸.

8. Il paraît nécessaire que l'influence du provocateur soit réprimée dès lors où elle conduit – ou peut conduire – à une atteinte à l'encontre d'une valeur protégée. Toutefois, la répression de la provocation doit être encadrée pour ne pas qu'elle puisse être étendue trop facilement à tous les actes d'incitation. En effet, Mme Martin-Valente a pu relever que « le législateur pénal ne prend en compte que l'absence de spontanéité dans la réalisation de l'acte matériel de l'infraction car sinon, on ne compterait plus les acquittements si l'on admettait que se trouvent « provoqués » tous les individus plaçant l'encouragement, l'incitation à l'action. L'étiologie criminelle serait susceptible de faire considérer comme force « provocatrice », un grand nombre de facteurs. Autrement dit, pour que la provocation soit appréhendée par le droit, encore faut-il qu'elle soit assez forte pour venir perturber la conduite normale de l'agent. La provocation cherche à modifier directement le comportement de celui à qui elle s'adresse. Or, en modifiant le comportement de la personne provoquée, elle altère son libre-arbitre puisque son action, sa réaction, ne seront plus l'expression d'une volonté spontanée »²⁹.

La spontanéité de l'acte du provoqué est donc altérée par l'acte du provocateur. Toutefois, il faut relever que cette spontanéité est seulement altérée et non abolie : le provoqué a toujours conscience de ses actes et du caractère potentiellement attentatoire de ceux-ci à l'encontre

²⁶ S. Martin-Valente, op. cit.

²⁷ Voir la théorie des « freins » de Manouvrier qui empêchent de passer à l'acte ou encore la théorie des « barrières » ou « containment » de Reckless, exposées par R. Gassin, *Criminologie*, Dalloz, 4^e édition, 1998, n°570 et s.

²⁸ S. Martin-Valente, op. cit.

²⁹ Ibid.

d'une valeur protégée. Le provocateur se distingue alors de l'auteur médiateur. En effet, l'on pourrait avancer que le provocateur s'adresse à une volonté consciente, c'est-à-dire que le provoqué sait que les actes auxquels il est incité sont attentatoires à une valeur protégée. A l'inverse, l'auteur médiateur quant à lui, profite de la « naïveté » de l'agent pour l'influencer à commettre tel acte, cet agent n'ayant pas conscience que les actes qu'il réalise sont potentiellement dangereux. Comme a pu le relever Jean Pradel³⁰, il s'agit dans cette dernière hypothèse du concept d'auteur médiateur ou « maître des faits », issu de la doctrine allemande³¹. C'est par exemple « le cas de l'individu qui remet un flacon de poison à la cuisinière de son oncle à l'héritage en lui faisant croire qu'il s'agit d'un fortifiant à verser dans la tisane avunculaire. Le neveu n'est pas littéralement « celui qui » a tué et il n'est pas non plus un instigateur puisqu'il n'a pas suscité chez la cuisinière l'intention de tuer »³².

Il paraît donc important dans cette étude de distinguer le provocateur de l'auteur médiateur. Mais il faut également ajouter que, majoritairement, les auteurs n'opèrent pas de distinction entre le terme de provocateur et d'instigateur. Or, à seul titre d'exemple, il est considéré que l'article 121-7 du Code Pénal réprime la complicité par instigation, pour ensuite la subdiviser entre l'instigation par provocation, et l'instigation par fourniture d'instructions³³. Faut-il dès lors considérer que lorsqu'est évoqué « l'instigateur », l'on parle indifféremment du complice par provocation et du complice par fourniture d'instructions ? En réalité, il est important de préciser le champ et surtout le sens du terme d'instigateur dans cette étude : lorsqu'est évoqué la notion d'instigateur, c'est davantage l'idée d'un terme générique pour désigner le provocateur. Au cours de cette étude, nous utiliserons principalement la notion de provocateur, mais, nécessairement³⁴, ponctuellement, le terme d'instigateur pourra être présent mais désignera celui qui provoque à la commission d'une atteinte à une valeur protégée.

9. A la vue de l'ensemble de ces éléments, faut-il en conclure que le provocateur est un auteur intellectuel, un auteur moral³⁵ en ce qu'il fait commettre une infraction, contrairement à l'auteur matériel qui, lui, la réalise ? Il faut, dans un premier temps, relever que la notion d'auteur intellectuel ne signifie pas que cette personne n'a accompli aucun acte matériel.

³⁰ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2^e édition, 2002, n°217.

³¹ H.H Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, §61 – V. L'article 33 du Code Pénal latino-américain de 1980 parle de « celui se sert d'un autre », in J. Pradel, op. cit., n°217.

³² J. Pradel, op. cit.

³³ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit privé général*, Economica, corpus droit privé, 16^e édition, n°544 et 545.

³⁴ En raison de la terminologie différente adoptée selon les auteurs.

³⁵ La terminologie sera là aussi utilisée de manière indifférente entre l'auteur moral et l'auteur intellectuel.

Comme ont pu le relever Messieurs Desportes et Le Guehec, cette personne « a nécessairement agit, ne serait-ce que par la force de l'écrit, en donnant des ordres ou des instructions ou en faisant des déclarations »³⁶. Simplement, l'auteur intellectuel ne va pas commettre les actes constitutifs du corps de l'incrimination. Toutefois, « cette réalité criminologique n'est pas reproduite dans le Code Pénal. En effet, par principe, l'auteur moral est techniquement traité en complice, et plus précisément, par instigation. Et ce n'est que par exception qu'il devient auteur juridique, au gré d'incriminations qui répriment spécifiquement un comportement d'instigation »³⁷.

10. Par la création d'incriminations distinctes, que l'on dénommera « infractions autonomes de provocation », le législateur pénal va permettre d'éviter les biais induits par l'article 121-7 du Code Pénal. En effet, comme il a été relevé précédemment, la théorie de l'emprunt de criminalité est basée sur le « système du délit unique »³⁸. Dès lors, l'acte de complicité n'a pas de criminalité propre mais l'emprunte à l'infraction principale. C'est pourquoi, la complicité ne peut être retenue lorsqu'il n'y a pas d'infraction punissable. Cela a ainsi posé problème par exemple pour la provocation au suicide où la complicité pour provocation ne pouvait être retenue dans la mesure où le suicide n'est pas considéré par le droit français comme une infraction. Dès lors, la théorie de l'emprunt de criminalité empêchait la répression de l'auteur de telles provocations.

De plus, la théorie de l'emprunt de criminalité laisse impunies les provocations à des infractions, provocations qui n'ont pas été suivies d'effet, c'est-à-dire qui n'ont été ni commises, ni tentées³⁹. L'ensemble de ces critiques ont laissé place à la création d'infractions autonomes de provocation, de manière hétérogène, afin de combler les lacunes du droit commun en matière de provocation. Dès lors, le provocateur va pouvoir être réprimé pour des provocations qui n'ont pas été suivies d'effet ; pour des provocations à des faits qui ne sont pas punissables⁴⁰ ; ou encore, va pouvoir faire encourir une peine plus ou moins élevée pour le provocateur au titre de l'infraction autonome de provocation par rapport à ce qu'il aurait encouru sur le terrain de l'article 121-7 du Code Pénal. En effet, dans cette dernière hypothèse, alors que dans le cadre de l'article 121-7 du Code Pénal, le complice par

³⁶ F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n°511.

³⁷ F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, texte remanié de thèse, Dalloz, 2009, n°295.

³⁸ J. Carbonnier, *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code Pénal*, JCP 1952, p.1034.

³⁹ Voir par exemple, affaires Schieb et Lacour, Cass. Crim. 25 octobre 1962, JCP 1963. II. 12985, note Vouin.

⁴⁰ Voir par exemple, l'article 223-13 du Code Pénal qui réprime la provocation au suicide.

provocation sera puni comme auteur⁴¹ - c'est-à-dire qu'il encourt les mêmes peines qu'un auteur de l'infraction à laquelle il a provoqué -, les infractions autonomes de provocation permettent de moduler la répression à la hausse comme à la baisse, afin de l'adapter spécifiquement à l'atteinte provoquée.

11. Au cours de cette étude, nous ne ferons qu'évoquer le régime de la provocation tel qu'il est prévu au titre de la complicité par l'article 121-7 du Code Pénal. En effet, bien que le champ d'application de cet article soit conséquent en matière de répression de la provocation, pour autant, nous étudierons ici les infractions autonomes de provocation, et ce, afin de permettre une comparaison plus juste dans la répression de la provocation de manière autonome, indépendante. Toutefois, il pourra être fait allusion à l'article 121-7 du Code Pénal à titre comparatif, mais cela restera de manière ponctuelle. De même, il faudra exclure de cette étude l'excuse de provocation en ce qu'elle permet d'exclure la responsabilité de l'auteur matériel en matière de provocation. En effet, nous n'étudierons ici que la répression de la provocation, c'est-à-dire les moyens par lesquels l'infraction de provocation est potentiellement punissable en droit. Avant de l'exclure de notre champ d'investigation, il faut rappeler en quoi consistait l'excuse de provocation. Elle peut être définie comme « une excuse en général atténuante et parfois absolutoire accordée à celui qui répond aussitôt à l'infraction dont il est victime par une infraction aux dépens de l'auteur de la première, même si la réponse n'est pas proportionnelle à la gravité de la menace initiale »⁴². Différentes excuses de provocation étaient prévues par les articles 321 à 326 de l'ancien Code Pénal de 1810. Par exemple, l'article 322 prévoyait les cas de crimes et délits « commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances ». Ces excuses de provocation n'ont pas été reprises par le Nouveau Code Pénal, « les minima de peine ont été supprimés, ce qui permet aux juridictions de prononcer la sanction qu'elles jugent appropriée, sans avoir à se justifier par des causes légales d'atténuation de responsabilité »⁴³.

Enfin, il faudra exclure également les provocations policières en ce qu'il s'agit, lorsqu'elles sont accomplies dans des conditions précises prévues à l'article 706-32 du Code de Procédure

⁴¹ Article 121-6 du Code Pénal : « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7 ».

⁴² M. Gozdziaszec-Carlier, *Les infractions autonomes de provocation*, DEA, université de Montesquieu, 2002-2003.

⁴³ Ibid.

Pénale⁴⁴, de « certaines hypothèses dans lesquelles les policiers ont l'autorisation de commettre des infractions (...) dans l'intérêt de la loi »⁴⁵. Ce type de provocation « entraîne la nullité de la procédure pour cause de déloyauté (...) dans la jurisprudence nationale⁴⁶ et européenne⁴⁷ »⁴⁸.

12. Enfin, pour terminer sur les éléments que nous n'aborderons plus par la suite – ou de manière très ponctuelle – dans cette étude, il faut aborder les peines qui sont encourues en matière d'infractions autonomes de provocation. En effet, des écarts importants entre les peines peuvent être relevés selon les infractions autonomes de provocation.

Par exemple, l'article 221-5-1 du Code Pénal prévoit que la provocation non suivie d'effet à un assassinat ou à un empoisonnement est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ; tandis que l'article 223-13 du Code Pénal prévoit que la provocation au suicide qui a été suivie d'effet est punissable d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Il peut paraître étonnant que ces deux infractions qui s'inscrivent toutes deux dans une logique de « provocation à la mort » prévoient des peines d'emprisonnement pour le provocateur avec des écarts non négligeables. D'autant plus que la provocation qui n'a pas été suivie d'effet⁴⁹ fait encourir une peine plus élevée qu'une provocation au suicide qui a été suivie d'effet. Il ne semble pas y avoir de réelle logique à cette disproportion.

Cette divergence peut également être relevée dans des infractions autonomes de provocation qui visent à protéger un même groupe comme, par exemple, la protection des mineurs. Ainsi, par exemple, l'article 227-18 du Code Pénal réprime la provocation d'un mineur à un usage illicite de stupéfiants de cinq années d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ; alors

⁴⁴ Article 706-32 du Code de Procédure Pénale : « Sans préjudice des dispositions des articles 706-81 à 706-87 du présent code, et aux seules fins de constater les infractions d'acquisition, d'offre ou de cession de produits stupéfiants visées aux articles 222-37 et 222-39 du code pénal, d'en identifier les auteurs et complices et d'effectuer les saisies prévues au présent code, les officiers de police judiciaire et, sous leur autorité, les agents de police judiciaire peuvent, avec l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction saisi des faits qui en avise préalablement le parquet, et sans être pénalement responsables de ces actes :

1° Acquérir des produits stupéfiants ;

2° En vue de l'acquisition de produits stupéfiants, mettre à la disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication.

A peine de nullité, l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, qui peut être donnée par tout moyen, est mentionnée ou versée au dossier de la procédure et les actes autorisés ne peuvent constituer une incitation à commettre une infraction ».

⁴⁵ M. Gozdziaszec-Carlier, op. cit.

⁴⁶ Cass. Crim, 11 mai 2006, Bull. Crim. n°132.

⁴⁷ CEDH, 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/Portugal, Rec. 1998. IV : « l'intérêt public ne pouvant justifier l'utilisation d'éléments recueillis suite à une provocation policière » §36.

⁴⁸ J. Pradel, *Procédure Pénale*, Recueil Dalloz 2008, p.2757.

⁴⁹ Article 221-5-1 Code Pénal.

que la provocation d'un mineur au transport, à la détention de stupéfiants est punie de sept années d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende⁵⁰. L'écart est toutefois moins important que dans l'exemple précédent, mais pour autant, toujours présent. En outre, cet écart ne semble pas pouvoir être justifié de prime abord, et ce, d'autant plus que ces articles ont été adoptés par la même loi⁵¹.

De plus, à la lecture des différentes infractions autonomes de provocation, il faut constater que pour certaines infractions, le législateur admet que la provocation sera punie de la même peine, que cette provocation soit suivie ou non d'effet⁵² ; alors que dans d'autres hypothèses, il y aura une différence de peines selon que la provocation ait été ou non suivie d'effet⁵³. Cette différence d'interprétation peut poser problème car elle ne semble pas justifiée et surtout, elle crée un régime hétérogène quant aux peines encourues en matière de provocation.

13. Face à la constatation de ces divergences quant aux peines encourues selon les infractions autonomes de provocation, il ne semble pas que l'on puisse tirer une idée directrice permettant de justifier la mise en place d'un régime de peines aussi hétéroclite. Par conséquent, ces divergences que l'on vient de relever dans un premier temps, au stade des peines, sont-elles pour autant inhérentes aux infractions autonomes de provocation de manière générale ? Ou peut-on dégager une base de consensus, une base d'éléments communs à l'ensemble de ces infractions ? Cela conduit à se demander si l'on peut parler aujourd'hui d'un système uniforme de répression des infractions autonomes de provocation par la législation française ?

14. « La provocation à la commission d'une infraction est un cas de responsabilité pénale spécifique. Proche de la complicité en ce qu'elle constitue un mode de participation médiat à la réalisation d'une infraction, elle se distingue en ceci qu'elle est la cause principale et directe du délit. L'instigateur apparaît comme le principal participant des délits qu'il commandite et organise dans ses modalités de réalisation »⁵⁴. La répression de la provocation par le biais d'infractions autonomes se caractérise par une hétérogénéité lorsque l'on compare l'ensemble des incriminations (Chapitre 1). Pourtant, derrière les spécificités des infractions autonomes de provocation, se dégage un ensemble d'éléments convergents qui permettent

⁵⁰ Article 227-18-1 Code Pénal.

⁵¹ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

⁵² Voir par exemple, article L.129 du code du service national.

⁵³ Voir par exemple, article 412-8 du Code Pénal.

⁵⁴ S. Martin Valente, op. cit.

d'aller dans le sens d'une possible uniformité dans la répression de la provocation (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les éléments de divergence des infractions autonomes de provocation

15. En comparant les différents articles qui assurent la répression de la provocation à titre autonome, il ressort dans un premier temps un certain éparpillement dans la répression de la provocation. Entre les différents codes qui répriment la provocation, les formules différentes utilisées par le législateur, l'exigence d'un effet ou non suite à la provocation... Il apparaît difficile de pouvoir se repérer dans cet ensemble conséquent d'infractions autonomes de provocation qui, à première vue, semble non seulement indépendant de la répression de la provocation au titre de la complicité telle qu'elle est prévue par l'article 121-7 du Code Pénal ; mais également dont les infractions semblent elles-mêmes entre elles, être autonomes les unes des autres tant il paraît difficile de dégager des éléments communs de convergence entre ces différentes infractions.

Comment pouvoir assurer une répression cohérente à partir du moment où les textes ne forment pas un tout uniforme et compréhensible ? Les disparités que l'on peut retrouver tout le long de l'étude des infractions autonomes de provocation se retrouvent non seulement au stade du comportement du provocateur (Section 1), que sur le résultat même de l'acte de provocation (Section 2).

Section 1 – Des divergences tenant au comportement du provocateur

16. Il y a d'importantes divergences au sein des infractions autonomes de provocation, et l'incrimination du comportement du provocateur – fondement même de la répression – ne passe pas outre. En effet, le législateur n'a pas opéré une coordination entre les différentes infractions autonomes de provocation et il paraît difficile de dire aujourd'hui qu'il existe un ensemble cohérent dans la répression de la provocation. Le problème actuel est que la répression du comportement provocateur ne se limite pas qu'à de « simples » problèmes d'hétérogénéité rédactionnelle⁵⁵ (Paragraphe 1). En effet, ces divergences se retrouvent également sur le terrain des éléments matériels requis afin d'assurer la répression de la provocation (Paragraphe 2).

⁵⁵ Bien que le principe de la légalité des délits et des peines impose toutefois une rédaction claire et précise des incriminations.

§1 Hétérogénéité rédactionnelle dans l'incrimination du comportement du provocateur

17. Ici, seront abordées les divergences rédactionnelles que l'on peut retrouver en étudiant les différentes infractions autonomes de provocation. Il s'agit de mettre en évidence que le législateur n'utilise pas les mêmes termes pour des infractions qui sont supposées être construites sur une base commune : la provocation. Une première divergence tient en ce que la provocation n'est pas nécessairement toujours réprimée sous son nom, en tant qu'acte provocateur. C'est pourquoi, il paraît important de distinguer les divergences que l'on retrouve en ce qui concerne la provocation nommée dans un premier temps (A), puis, il ne faudra pas négliger celles que l'on retrouve dans la provocation innommée (B).

A) La provocation nommée : différents noms pour réprimer la provocation

18. Il faut qualifier de « provocation nommée », les infractions qui répriment un « fait de provocation »⁵⁶, c'est-à-dire les infractions pour lesquelles il est clairement identifié qu'il s'agit de réprimer la provocation en tant que telle. Toutefois, cette volonté de répression ne transparaît pas nécessairement de manière claire et précise dans le texte d'incrimination. En effet, la rédaction des articles n'est pas homogène, et, surtout, apparaissent des différences rédactionnelles non seulement quant à la qualification de la provocation (1), mais également, quant à la qualification du provocateur (2).

1) Des différences terminologiques de qualification de l'action de provoquer

19. « Inciter »⁵⁷; « provoquer à »⁵⁸; « imposer »⁵⁹; le « fait d'exercer une pression »⁶⁰; « tout en exerçant une influence »⁶¹; « favoriser »⁶²; « encourager »⁶³... Autant de termes

⁵⁶ F. Rousseau, op. cit., n°301.

⁵⁷ Voir par exemple, l'article L.321-1 du Code de la route : « Le fait d'importer, d'exposer, d'offrir, de mettre en vente, de vendre, de proposer à la location ou d'inciter à acheter ou à utiliser un cyclomoteur, une motocyclette, un tricycle à moteur ou un quadricycle à moteur soumis à réception et non réceptionné ou qui n'est plus conforme à celle-ci est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (...) ».

⁵⁸ Voir par exemple, l'article L.129 du Code du service national : « Quiconque, par quelque moyen que ce soit, provoque à l'insoumission, que cette provocation ait été ou non suivie d'effet, est puni par la juridiction compétente de cinq ans d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende (...) ».

⁵⁹ Voir par exemple, l'article 225-4-10 du Code Pénal : « Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende (...) ».

utilisés dans le Code Pénal pour définir la provocation. Pour autant, en observant l'étymologie de ces termes, bien que synonymes, ces expressions entraînent une différence d'appréhension du degré d'influence du provocateur sur la volonté du provoqué.

20. Provoquer, c'est faire éprouver ce qui « excite, ce qui incite »⁶⁴, alors que le verbe inciter, exprime davantage le fait de « pousser à », selon le Littré⁶⁵. A première vue, il est à constater une première différence de degré entre ces deux termes : le terme « provoquer » étant plus fort et plus évocateur que celui d'inciter quand on les évoque dans le langage courant et quand on regarde leur définition dans un dictionnaire. En effet, le verbe « provoquer » est plus flagrant, plus fort : cela laisse supposer que le provoqué est forcé de réagir ; contrairement à la notion d'incitation qui peut laisser supposer une forme d'alternative laissée à la personne de réagir ou non.

21. Le verbe provoquer, vient du latin *provocare*, qui signifie « appeler dehors, faire venir, appeler à, exciter à, défier, faire naître quelque chose »⁶⁶. En revanche, le verbe inciter, vient du latin *incitare* qui signifie « pousser vivement », « exciter, stimuler »⁶⁷. Le verbe imposer, quant à lui, peut être défini comme le fait de « faire subir, faire accepter par contrainte »⁶⁸. Enfin, le terme encourager est considéré comme le fait d' « inciter à faire quelque chose »⁶⁹.

22. Cette liste non exhaustive de l'étymologie des termes utilisés par les différents codes en matière de provocation montre que, bien qu'entendus de manière large, ces termes peuvent paraître synonymes. Pour autant, faut-il en déduire que le législateur a utilisé ces termes de manière indifférente ? Même si ces termes sont synonymes, il faut toutefois noter que ce n'est

⁶⁰ Voir par exemple, l'article 225-12-5 du Code Pénal : « L'exploitation de la mendicité est le fait par quiconque de quelque manière que ce soit : (...) 3° D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la livrer à la mendicité, ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle mendie ou continue de le faire (...); »

⁶¹ Voir par exemple, l'article 225-12-5 du Code Pénal : « Est assimilé à l'exploitation de la mendicité le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en exerçant une influence de fait, permanente ou non, sur une ou plusieurs personnes se livrant à la mendicité ou en étant en relation habituelle avec cette ou ces dernières (...) ».

⁶² Voir par exemple, l'article 227-22 du Code Pénal : « Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende (...). ».

⁶³ Voir par exemple, l'article L.2341-5 du Code de la défense : « Le fait de provoquer, d'encourager ou d'inciter quiconque, de quelque manière que ce soit, à commettre les infractions prévues à l'article L. 2341-4, lorsque ce fait a été suivi d'effet, est puni des peines prévues pour ces infractions (...). ».

⁶⁴ www.cnrtl.fr, op. cit., V°Provoquer.

⁶⁵ *Le Littré, Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1877, V° Inciter.

⁶⁶ www.cnrtl.fr, op. cit., V°Provoquer.

⁶⁷ Ibid, V°Inciter.

⁶⁸ Ibid, V°Imposer.

⁶⁹ Ibid, V°Encourager.

pas la même chose dans le langage courant, que d'inciter quelqu'un à faire quelque chose, que de lui imposer de faire quelque chose. De même, ce n'est pas la même chose que « d'exercer une pression sur quelqu'un »⁷⁰, que d'« exercer une influence ». Il y a clairement dans toutes ces hypothèses, une différence d'intensité de l'action du provocateur sur le provoqué (à qui est laissé plus ou moins de marge d'appréciation quant au choix que la provocation soit ou non suivie d'effet) si l'on s'en tient strictement à l'étymologie des termes utilisés.

23. Ainsi, il est difficile d'établir une uniformité rédactionnelle dans les infractions autonomes de provocation puisque les termes mêmes utilisés afin de désigner l'action de provocation ne sont pas les mêmes et induisent des variations de force de la provocation. Il peut paraître regrettable que le législateur n'ait pas pris le temps d'harmoniser ces termes, et surtout, d'utiliser un vocable commun à la provocation afin d'éviter cet éparpillement rédactionnel.

On peut relever néanmoins que lorsque le législateur réprime de nouvelles infractions autonomes de provocation, il a tendance à utiliser le même vocabulaire. C'est par exemple l'hypothèse de l'article 227-18 du Code Pénal, qui a été codifié par la loi n°92-684 du 22 juillet 1992⁷¹ et des articles 227-18-1 du Code pénal et suivants, où, dans une même loi, le législateur a utilisé les mêmes termes⁷² pour réprimer les provocations réalisées à l'encontre de mineurs.

24. Pourquoi se limiter à de légères uniformisations sectorielles et non pas utiliser une base commune de termes, base qui serait limitée pour désigner l'acte de provocation ? Ce manque d'uniformisation ne permet pas d'harmoniser les pratiques, et surtout, ne permet pas d'harmoniser la compréhension de l'action de provocation, et ce, d'autant plus qu'il n'y a pas, non plus, d'homogénéité quant à la qualification du provocateur par le législateur. Cela amène d'autant plus à un manque de clarté dans la répression des infractions autonomes de provocation (2).

⁷⁰ « Comme a pu l'écrire M. Vitu, « le terme « pression » englobe les menaces déguisées, les demandes réitérées et pressantes, bref, tous les moyens qui aboutissent à créer une sorte de contrainte sur l'esprit de la personne qui les reçoit... Il suppose donc l'emploi de procédés vigoureux de conviction, c'est-à-dire quelque chose de plus que les simples suggestions, ou les conseils ». A Vitu, *Droit pénal spécial*, Cujas 1982, T. I et II, n°571, cité par Y. Mayaud, *Subornation de témoin*, Jurisclasseur, Fasc. n°20.

⁷¹ 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.

⁷² « Le fait de provoquer un mineur directement (...) ».

2) Des différences terminologiques de qualification du provocateur

25. L'incrimination de droit commun de la provocation prévue à l'article 121-7 du Code Pénal réprime le provocateur au titre de la complicité. Mais réprimer le provocateur en tant que complice a posé plusieurs difficultés. Notamment, peut être reproché à l'article 121-7 du Code Pénal de ne pas reconnaître la spécificité de cet agent qu'est le provocateur, qui joue pourtant un rôle non négligeable dans la commission de l'infraction par l'auteur matériel, c'est-à-dire, par le provoqué.

26. C'est pourquoi, avec l'apparition des différentes infractions autonomes de provocation, on aurait pu s'attendre que le provocateur soit considéré dans toutes ces hypothèses et de manière uniforme, comme auteur de l'infraction de provocation. Pourtant, ce n'est pas ce qu'a fait le législateur. En effet, ce dernier réprime le provocateur, non seulement en tant qu'auteur de l'infraction de provocation, mais également comme complice, ou encore, comme instigateur, ou comme auteur intellectuel⁷³.

27. Tout d'abord, un premier constat peut être effectué : la majorité des infractions réprimant la provocation de manière indépendante, ne précisent pas la qualification qui est donnée à l'auteur des faits, c'est-à-dire, au provocateur⁷⁴. A défaut de précision par le texte, il est à supposer que le provocateur sera considéré comme auteur⁷⁵.

28. En revanche, dans un cas particulier, il est clairement précisé que le provocateur est qualifié de complice : à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881⁷⁶. C'est une première exception au fait que les infractions autonomes de provocation qualifieraient toutes le provocateur

⁷³ Toutefois, dans cette dernière hypothèse, la qualification d'auteur intellectuel par les infractions du « faire-faire » sera relativisée en ce que ces infractions ne peuvent pas être considérées totalement comme des infractions autonomes de provocation.

⁷⁴ Voir notamment, l'article 221-5-1 du Code Pénal : « Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un assassinat ou un empoisonnement est puni, lorsque ce crime n'a été ni commis ni tenté, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende » ; ou encore, l'article 222-34 du Code pénal, « Le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 750000 euros d'amende ».

⁷⁵ Article 121-4 du Code Pénal : « Est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit. ».

⁷⁶ Article 23 de la loi du 29 juillet 1881 : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui (...) ».

d'auteur de l'infraction de provocation. Mais ce n'est pas la seule exception qui participe au manque d'uniformisation des infractions autonomes de provocation.

En effet, en droit pénal de l'environnement, la loi du 9 juillet 1976⁷⁷ relative à la prévention et à la répression de la pollution marine, en son article 6, alinéa premier, dispose que si « l'une des infractions a été commise sur ordre du propriétaire ou de l'exploitant d'un navire (...), ce propriétaire ou cet exploitant » ont pu être qualifiés d'auteur moral⁷⁸. Or, si l'on raisonne par analogie, toutes les infractions de provocation qui ont été commises sur ordre pourraient permettre de qualifier le provocateur d'auteur moral⁷⁹.

29. La difficulté de qualification du provocateur est liée au fait que puisqu'il instigue « seulement », par là même, il ne commet pas matériellement l'acte, mais l'initie⁸⁰. En droit pénal français, en vertu de l'article 121-4 du Code Pénal, l'« auteur juridique »⁸¹ d'une infraction doit avoir réalisé personnellement les éléments constitutifs pour être qualifié en tant que tel. C'est-à-dire qu'il doit avoir commis l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction. Il est difficilement concevable en France d'accepter la notion d'instigateur, d'auteur moral et ce, de manière indépendante et détachée de la notion d'auteur matériel. Les deux sont liés. Il y a toujours une tendance à mettre en avant un minimum de matérialité pour que le provocateur soit considéré comme auteur juridique, et non comme un simple auteur intellectuel.

Toutefois, en France, la notion d'auteur intellectuel (et donc, d'instigateur) est difficilement acceptée en matière de provocation. Pourtant, c'est celle qui semble correspondre au mieux à la situation du provocateur⁸². En effet, « l'auteur moral est la cause intellectuelle de l'acte matériel exécuté par une personne distincte. Il fait commettre par un autre l'acte prohibé »⁸³. Ne pourrait-on pas envisager une seule et même infraction qui réprime en son sein à la fois l'auteur matériel des faits (le provoqué) et, de l'autre côté, l'auteur intellectuel (c'est-à-dire le provocateur) ?

⁷⁷ Loi n° 76-600 du 7 juillet 1976 relative à la prévention et à la répression de la pollution de la mer par les opérations d'incinération.

⁷⁸ S. Martin-Valente, op. cit.

⁷⁹ Par exemple, l'article 432-10 du Code Pénal sur la provocation à la concussion qui dispose que « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

⁸⁰ F. Rousseau, op. cit., n°209.

⁸¹ Ibid n°295.

⁸² « L'auteur moral, en exerçant une influence déterminante sur la volonté criminelle de l'auteur matériel, lui fait commettre une infraction ; il en est « l'instigateur » ». F. Rousseau, op. cit. n°295.

⁸³ P. Canin, *Droit pénal général*, Hachette, 5^e édition, 2009-2010.

30. Cela pourrait correspondre à ce que M. Rousseau nomme les « infractions du faire-faire »⁸⁴. C'est-à-dire que cela correspondrait à des infractions où « celui qui fait réaliser une infraction par autrui constitue une forme d'auteur moral ou d'instigateur (...). Ces dernières consistent à étendre une incrimination afin d'atteindre comme auteur un individu qui fait réaliser une infraction par autrui »⁸⁵. Mais le problème de ces infractions du « faire-faire » est que la répression de l'acte du provocateur est intrinsèquement liée au fait de l'agent provoqué, et c'est donc à l'opposé de l'objectif même des infractions autonomes de provocation (qui sont des infractions autonomes de la répression de l'agent provoqué).

31. Quelle différence alors avec la complicité ? Par exemple, si l'on reprend l'article 211-1 du Code pénal sur le fait de commettre ou de faire commettre un génocide. Ici, il y a un alignement au niveau des peines sur celles de l'auteur matériel. En réalité, ce qui va distinguer cette catégorie d'infractions du « faire-faire » de la complicité, est qu'il ne va pas y avoir cette exigence du respect des règles de la complicité, et notamment, de la théorie de l'emprunt de criminalité. « La caractérisation d'un comportement de complicité, tel qu'une provocation ou des instructions, n'est plus nécessaire, du moment qu'il est démontré que l'individu a fait commettre l'infraction »⁸⁶. Mais comme il a pu être souligné par M. Rousseau, sur le fond, il faut tout de même être sûr qu'il y a bien cette idée de faire commettre l'infraction, cela passant par la démonstration de la commission de cette infraction⁸⁷.

32. C'est donc une manière différente de réprimer la provocation mais qui se distingue néanmoins de la répression des infractions de provocation à titre autonome. C'est pourquoi, on ne peut pas affirmer que la notion d'auteur intellectuel soit clairement admise en matière de provocation. Néanmoins, la notion d'instigateur n'a pas été totalement absente de la loi, le code de justice militaire le démontrant⁸⁸.

⁸⁴ F. Rousseau, op.cit, n°301.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid, n°302.

⁸⁷ Pour plus d'éléments sur ce point, voir F. Rousseau, op. cit. n°302 et suivants.

⁸⁸ Voir par exemple, l'article 444 du Code de justice militaire disposant que « Si la révolte a lieu en temps de guerre ou sur un territoire déclaré en état de siège ou d'urgence, ou à bord d'un bâtiment de la marine militaire dans un incendie, abordage, échouage ou une manœuvre intéressant la sûreté du bâtiment ou à bord d'un aéronef militaire, la réclusion criminelle à perpétuité peut être prononcée. Les instigateurs sont punis de la réclusion criminelle à perpétuité ». Toutefois, il faut noter que cet article a été abrogé par l'ordonnance n°2006-637 du 1^{er} juin 2006 portant refonte du code de justice militaire.

33. La provocation, d'un point de vue formel, n'est pas réprimée par le législateur de la même manière dans toutes les hypothèses, que ce soit sur la qualification de l'action de provoquer ou que ce soit sur la qualification du provocateur lui-même. Toutefois, ce manque de cohérence ne se limite pas à cela : en effet, face à la provocation nommée qui vient d'être étudiée, il existe une autre catégorie d'infractions qui font partie de ce que l'on peut appeler comme la provocation innommée, c'est-à-dire des infractions de provocation qui fonctionnent comme la provocation mais qui n'ont pas été définies comme telles par le législateur (B).

B) La provocation innommée : l'utilisation de termes différents pour réprimer la provocation

34. Quand on parle de répression de la provocation, on peut légitimement s'attendre à ce que, dans les textes de loi, on parle clairement de provocation à un acte. Mais comme il a pu déjà être constaté précédemment, le législateur ne s'accorde pas déjà sur les termes permettant de qualifier l'action de provoquer. Mais cette absence d'harmonie terminologique va même au-delà. On parle même de provocation innommée⁸⁹, par opposition à la provocation nommée.

35. La provocation nommée correspondrait à toutes les infractions autonomes de provocation et qui sont qualifiées comme telles par le législateur. Ces infractions « répriment un fait de provocation »⁹⁰. En revanche, il existerait également des provocations innommées. Celles-ci peuvent être considérées comme patentées⁹¹ : c'est-à-dire qu'il existe des infractions qui fonctionnent comme en matière de provocation, mais qui ne sont pas pour autant qualifiées comme telles par le législateur⁹².

36. S'agissant des différences terminologiques que le législateur a inséré dans les différents textes, quand il ne parle pas expressément du « fait de provoquer », il peut subsister un doute quant à la qualification de l'infraction. Ainsi, l'on peut se demander si le fait d'inciter quelqu'un à commettre une infraction particulière est-il constitutif d'une provocation ? A titre d'exemple, nous allons nous baser sur l'article 225-5 du Code Pénal. Le

⁸⁹ J. Pouyane, *L'auteur moral de l'infraction*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n°686 et s. 698, 707 et s. cité par F. Rousseau, op. cit., n°301.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ M. Gozdziaszec-Carlier, op. cit.

⁹² Ibid.

troisième alinéa de cet article dispose que le fait « d'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire », sont des actes constitutifs de proxénétisme.

Pour autant, doit-on considérer que le proxénétisme peut constituer une forme de provocation à la prostitution ? Il faut opérer une démonstration selon le modèle qu'a développé M. Gozdziaszec-Carlier dans son étude. Il définit la provocation comme un « fait causal et intentionnel, constitué par un acte positif, de pousser autrui à faire quelque chose »⁹³. Dans un premier temps, une annonce pour recruter « des jeunes femmes pour se livrer, à l'intérieur de l'établissement qu'ils avaient fondé, à des actes de débauche »⁹⁴ constitue bien un acte positif de provocation. Il y a ensuite un fait causal : « c'est l'annonce qui causera l'embauchage, - et intentionnel – la volonté de prostituer les personnes engagées est manifeste. Enfin, cet acte pousse incontestablement les jeunes femmes recrutées à se prostituer »⁹⁵. « En dernier lieu, le fait d'exercer une pression est lui aussi positif, causal et intentionnel. Ainsi, l'individu qui a « tenu une femme enfermée pendant quinze jours dans son appartement en vue de la contraindre à avoir, moyennant rémunération, des rapports sexuels avec d'autres hommes⁹⁶ » commet un acte de provocation. Toutefois, il faut relever que les pressions exercées font ressembler cet acte peut être plus à une contrainte qu'à une provocation. En effet, la frontière est parfois tenue entre ces deux qualifications. Or, la contrainte ôte toute liberté à celui qu'elle vise, alors que la provocation, en principe, la lui laisse, ne faisant que l'influencer très fortement »⁹⁷.

37. Nous pouvons réaliser le même raisonnement en matière de subornation de témoins, dont la répression est prévue par l'article 434-15 du Code pénal qui prévoit que « le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, même si la subornation n'est pas suivie d'effet ».

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Cass. Crim., 15 avril 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. 505.

⁹⁵ M. Gozdziaszec-Carlier, op. cit.

⁹⁶ Cass. Crim, 22 janvier 1963, Bull. crim. n°37.

⁹⁷ M. Gozdziaszec-Carlier, op. cit.

38. En premier lieu, il faut un acte positif, qui sera constitué par les promesses, offres, présents, pressions, menaces, etc. Par exemple, il a pu être retenu que les menaces doivent être tangibles et non pas implicites⁹⁸, « telle la menace de tuer un camarade de classe à coups de couteaux pour qu'il ne parle pas »⁹⁹.

Ensuite, pour que la subornation de témoins puisse être constitutive d'une provocation, il doit s'agir d'un fait intentionnel. Il s'agit de « la volonté délibérée d'égarer la justice par ses sollicitations auprès du témoin suborné »¹⁰⁰. Cette intention est évidente par exemple dans la menace de l'individu d'un camarade de classe pour qu'il ne parle pas.

Il doit s'agir ensuite d'un fait causal : ce sont les menaces, les promesses,..., qui vont déterminer autrui à agir, et ces actes positifs par l'utilisation de ces moyens matériels vont pousser incontestablement autrui au mensonge.

39. La subornation de témoins est également une forme de provocation considérée comme innommée, toute comme la provocation à la prostitution. La même démonstration peut être réalisée avec la corruption de mineurs qui est réprimée à l'article 227-22 du Code Pénal. Ici, l'idée de contrainte exercée sur le mineur est moins évidente puisque le législateur utilise le terme de « favoriser » la corruption d'un mineur. L'idée de favoritisation implique une pression moins importante sur la volonté du provoqué que le terme de provocation d'un point de vue strictement terminologique. Pour autant, il s'agit bien là d'actes constitutifs de provocation mais qui font partie de la catégorie des provocations innommées.

Cela va permettre une acception plus large : ainsi, par exemple, « des actes impudiques qu'un individu exécute lui-même sur sa propre personne, en se donnant en spectacle à un mineur, a fortiori s'il demande à ce mineur de le photographier, sont répréhensibles en vertu de l'article 227-22 »¹⁰¹ du Code Pénal. « Pareille mise en scène implique la volonté d'éveiller les pulsions sexuelles [du mineur] et ainsi de favoriser sa corruption »¹⁰².

Il y a bien provocation puisqu'il y a l'existence d'actes positifs (les actes impudiques ainsi que la demande de photographies). Le lien de causalité est évident entre les actes positifs et la corruption du mineur, de même que le caractère intentionnel de ces actes.

⁹⁸ CA Bordeaux, 31 janvier 1990, Jurisdata n°1990-040564.

⁹⁹ CA Aix-en-Provence, 15 décembre 2006, Jurisdata n°2006-331719.

¹⁰⁰ Y. Mayaud, op. cit. n°50.

¹⁰¹ Cass. Crim., 1^{er} février 1995, Bull. Crim. n°43.

¹⁰² Ibid.

40. Il faut donc constater qu'il y a différentes formes de provocation qui sont incriminées : les provocations nommées dans un premier temps. Celles-ci sont explicites, l'on sait clairement qu'il s'agit de réprimer la provocation par l'utilisation du verbe « provoquer ». A l'opposé, il y a les provocations innommées : c'est par rapport à une comparaison à la définition de la provocation et de ses éléments constitutifs que l'on se rend compte qu'il s'agit bien en réalité de provocation. Mais seulement, le législateur ne le précise pas expressément, et n'utilise pas la même terminologie. Il va utiliser des termes qui, bien que synonymes, ont une intensité plus faible, ou, au contraire, plus élevée au niveau du potentiel causal de l'acte. Ainsi, un questionnement peut s'installer sur le fait de savoir s'il s'agit réellement de provocation ou non.

41. A la lumière de cette étude, il faut affirmer qu'il s'agit effectivement de provocation. Il peut – une nouvelle fois – être regrettable que le législateur n'ait pas procédé à une uniformisation des termes afin d'éviter cette distinction entre provocation nommée et innommée, qui, en réalité, n'est pas vraiment utile. Cette distinction conduit surtout à s'interroger davantage sur la terminologie plutôt que sur le fond. Cela permettrait d'éviter que l'on doive s'adapter à chaque type d'incrimination selon les termes.

42. Mais par delà ces différences terminologiques, il faut relever que l'absence d'harmonisation ne s'est pas limitée à des divergences rédactionnelles dans les infractions autonomes de provocation. En effet, le législateur n'a pas non plus opéré d'harmonisation sur le fond même des éléments requis afin de permettre la qualification des infractions autonomes de provocation (§2).

§2 Hétérogénéité dans les éléments matériels requis pour les infractions de provocation

43. La disparité des infractions de provocation se poursuit également sur le plan des éléments matériels requis afin de permettre la qualification d'infraction de provocation. En effet, selon les infractions autonomes de provocation, le législateur n'exige pas toujours que soit constatée la présence d'admicules pour permettre la qualification de l'infraction (A). De plus, toujours sur les éléments matériels requis afin de qualifier l'infraction autonome de provocation, il n'y a pas d'uniformité entre toutes ces infractions sur l'exigence d'un caractère direct ou non à la provocation (B). Ces deux éléments participent de l'absence de cohérence

entre les infractions autonomes de provocation en ce qu'ils portent sur le fond même de l'infraction de provocation, toutes les infractions autonomes de provocation ne sont donc pas construites de la même façon.

A) Une disparité dans l'exigence ou non d'adminicules pour constituer la provocation

44. L'article 121-7 du Code Pénal qui réprime le provocateur en tant que complice impose, pour être punissable, que la provocation soit « caractérisée par l'un des agissements limitativement énumérés par le deuxième alinéa de l'article 121-7 »¹⁰³, c'est-à-dire par un don, une promesse, une menace, un ordre, ou encore un abus d'autorité ou de pouvoir. La provocation doit être caractérisée par l'un de ces adminicules¹⁰⁴. Si la complicité par provocation n'est pas caractérisée par l'un de ces adminicules, la provocation ne pourra être réprimée selon l'article 121-7 du Code Pénal.

45. Certaines infractions autonomes de provocation exigent elles aussi la présence d'au moins un adminicule pour pouvoir être caractérisées. Par exemple, l'article 221-5-1 du Code Pénal exige que la provocation à l'assassinat ou à un empoisonnement soit caractérisée par « le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques (...) ».

46. Pour autant, il est à noter un manque d'harmonie des adminicules requis lorsque ceux-ci sont exigés pour caractériser la provocation. En effet, par exemple, l'article 225-4-10 du Code Pénal exige – pour que la provocation soit caractérisée – que le fait d'imposer à une personne de dissimuler son visage doit être réalisé par « menace, violence, contrainte, abus d'autorité, ou abus de pouvoir ». Deux articles différents et aucun recoupement sur les adminicules exigés. L'article 434-15 du Code Pénal quant à lui, reprend des adminicules déjà vus précédemment et en exige d'autres : cet article exige des promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices.

¹⁰³ F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit. n°544.

¹⁰⁴ Le terme d'adminicule, selon le Littré, est un « terme de jurisprudence. Ce qui, sans former une preuve complète, contribue à faire preuve. Il n'y a pas de preuves formelles, il n'y a que des adminicules »

47. Ainsi, en premier lieu, il y a un manque d'harmonie dans les adminicules exigés par le législateur pour caractériser la provocation. Mais cette absence d'uniformité ne se limite pas à cela. En effet, dans d'autres hypothèses, le législateur est beaucoup plus flou sur l'exigence d'adminicules. En effet, dans les hypothèses précédentes, le législateur exigeait qu'au moins un des adminicules cités soit caractérisé pour que la provocation soit établie. Le fait d'énumérer limitativement ces adminicules restreint nécessairement le champ d'application de ces provocations qui doivent nécessairement être caractérisées par au moins un de ces adminicules. Mais, à l'opposé, le législateur a prévu des infractions autonomes de provocation où il n'y a pas une liste limitative d'adminicules établie, mais prévoit que la provocation sera caractérisée par « quelque moyen que ce soit »¹⁰⁵, ou « de quelque manière que ce soit »¹⁰⁶. Le législateur exige que soit établi un minimum de matérialité, mais laisse libre appréciation aux juges du fond pour caractériser la provocation. « Le fait générateur de provocation peut, de la sorte, se couler dans n'importe quel comportement ou prendre la forme de tout support imaginable »¹⁰⁷.

De plus, le législateur laisse encore davantage de marge d'appréciation aux juges du fond puisque, dans la majorité des infractions autonomes de provocation, rien n'est précisé¹⁰⁸. Cela a pour conséquence de laisser beaucoup plus de marge de manœuvre à la jurisprudence, application pouvant être remise en cause tant elle peut se retrouver éloignée de la provocation. En effet, à titre d'exemple, le Tribunal de Grande Instance de Nevers, par un arrêt du 21 avril 1988 a considéré que « la simple apposition d'une pancarte dans l'ascenseur d'un immeuble où la victime avait son domicile et qui relatait ses récents déboires judiciaires, au point que cette publicité l'avait conduit à se donner la mort, a permis de retenir l'infraction » de provocation au suicide. « La jurisprudence¹⁰⁹ rappelle qu'en l'absence d'indication légale, la provocation peut être accomplie par tout moyen, dès l'instant où un fait générateur quelconque peut être caractérisé par le juge »¹¹⁰.

48. Les juges du fond vont rechercher un minimum de matérialité à l'action de provocation, mais ils auront davantage de liberté dans cette recherche que lorsque le législateur nomme exhaustivement la liste des adminicules. L'on peut toutefois noter que la

¹⁰⁵ Voir par exemple, l'article L.129 du Code du service national ; ou encore, l'article 413-3 du Code Pénal.

¹⁰⁶ Voir par exemple, l'article L.2341-5 du Code de la défense ; ou encore, l'article L.1333-13-2 du Code de la défense.

¹⁰⁷ F. Defferard, op. cit.

¹⁰⁸ Voir par exemple, l'article 222-34 du Code Pénal ; ou encore l'article 223-13 du Code Pénal en matière de provocation au suicide.

¹⁰⁹ Voir notamment Cass. Crim. 7 avril 1998, Bull. Crim., n°137

¹¹⁰ F. Defferard, op. cit.

liste des adminicules qui est exigée revêt la notion de contrainte, de force qui est imposée sur le provoqué (par exemple, l'exigence de promesses, dons, menaces...). Alors que lorsque toute marge d'appréciation est laissée aux juges du fond, il y a la crainte qu'il y ait une perte de cette force contraignante que doit revêtir toute provocation. Il est à nouveau regrettable que le législateur n'uniformise pas les pratiques quant à l'exigence ou non d'adminicules en matière de répression de la provocation. Cela entraîne un manque d'uniformité au niveau des pratiques jurisprudentielles et peut laisser penser que le législateur a voulu que certaines infractions de provocation puissent plus facilement être réprimées que d'autres. C'est le cas pour tout ce qui concerne la provocation au suicide, les provocations de mineurs à commettre des actes illicites ou dangereux, etc.

49. Le législateur n'a pas pris le soin d'uniformiser les exigences en ce qui concerne la présence d'adminicules ou non, sur les adminicules exigés, etc. Cette absence de cohérence ne semble pas être justifiée par une raison quelconque, ce qui induit d'autant plus un flou dans l'étude des infractions autonomes de provocation. Ce flou est encore plus important quant à l'exigence d'un caractère direct ou non à l'infraction de provocation (B).

B) Une diversité des exigences sur le caractère direct des provocations

50. Le législateur, lorsqu'il crée des infractions autonomes de provocation, ne prend pas toujours l'habitude de préciser si la provocation doit être directe ou non pour pouvoir être qualifiée. Mais que faut-il entendre par l'exigence d'un caractère direct à la provocation ? Deux acceptions différentes entrent en concurrence : la provocation peut être dite directe lorsqu'elle est adressée directement à la personne concernée, c'est-à-dire, au provoqué. Mais, dans un autre sens, le caractère direct de la provocation peut se rapporter au lien de causalité entre l'acte de provocation et le résultat sur le provoqué. Toutefois, dans ces deux hypothèses, les exigences du législateur ne sont pas uniformes. C'est pourquoi, il faudra étudier dans un premier temps la disparité de l'exigence d'un effet direct par le législateur, l'effet direct étant entendu dans le sens du destinataire de la provocation (1) ; puis, dans un second temps, l'effet direct de la provocation sera entendu comme le lien de causalité entre la provocation et l'infraction commise par le provoqué (2).

1) La diversité des destinataires de la provocation

51. De manière commune, la provocation est dite directe lorsqu'elle est adressée directement – du provocateur au provoqué, sans intermédiaire – au destinataire de la provocation. Or, en pratique, il peut arriver que la provocation puisse être indirecte c'est-à-dire que, dans certaines hypothèses, il y aura plusieurs intervenants dans la chaîne de la provocation.

52. Comme a pu l'affirmer Jérôme Biguenet¹¹¹, « il est très fréquent que l'instigateur fasse véhiculer sa volonté criminelle par l'intermédiaire d'une chaîne de plusieurs tiers pour la faire accomplir par celui qui revêt la qualité d'auteur principal. (...) Il existe donc une différence de traitement entre l'instigateur immédiat, qui a provoqué l'auteur principal de l'infraction sans recourir à un intermédiaire (...) et l'instigateur médiat qui a délégué l'accomplissement de l'acte constitutif ». En droit pénal spécial, il est admis que la provocation puisse être indirecte : c'est-à-dire qu'il y aura un ou plusieurs intermédiaires entre le provocateur et le provoqué. Cela correspond à toutes les infractions du « faire-faire » que nous avons pu étudier précédemment comme l'article 221-1 du Code Pénal (commettre ou faire commettre), l'article 223-8 du Code Pénal (fait de pratiquer ou de faire pratiquer), etc. Dans ces hypothèses, nous pouvons constater que par l'utilisation de l'expression de « faire commettre », ou de « faire pratiquer », il n'est pas précisé si le lien entre le provocateur et le provoqué est établi de manière directe ou s'il y a une ou plusieurs interfaces entre ces deux acteurs.

53. Le législateur laisse toute latitude pour apprécier ce lien et permet ainsi que le provocateur, même s'il a opéré de manière médiate ou indirecte, puisse faire l'objet d'une sanction. Mais cela induit qu'il ne faut pas que dans le texte de loi soit précisé l'adverbe « directement » puisque cela supposera alors que la provocation ne peut être opérée que directement, du provocateur au provoqué, et ce, sans intermédiaire possible. Il y a un risque évident d'impunité alors.

54. De plus, pour faire face à cette impunité, certains articles comme l'article 222-34 du Code Pénal vont désigner comme provocateur celui qui est en haut du système de la provocation : « le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication (...) de stupéfiants ». C'est pourquoi, Jérôme Biguenet propose, « pour atteindre

¹¹¹ J. Biguenet, op. cit. n°18

la juste mesure dans l'étendue de la répression des actes les plus distants mais déterminants dans la réalisation de l'infraction, il conviendrait donc d'incriminer le fait de faire commettre (...) directement ou par l'intermédiaire d'un tiers (...) ». Cette proposition pourrait être intéressante : il pourrait paraître utile d'incriminer de manière claire et précise la provocation médiate afin de pallier à la situation actuelle. En effet, aujourd'hui, ce n'est que par le biais d'incriminations spécifiques que la notion de provocation médiate peut être réprimée¹¹². Cela participe une nouvelle fois au manque d'uniformité au sein de l'ensemble des infractions autonomes de provocation.

55. Pour terminer, nous avons jusqu'ici abordé la provocation, qu'elle soit directe (immédiate) ou indirecte (médiante). Mais, dans toutes ces hypothèses, il s'agit de provocation à personne déterminée. Or, toutes les infractions de provocation ne sont pas nécessairement adressées à une personne bien particulière. En effet, il existe des provocations à personne indéterminée, et notamment en matière de presse. Dans ces hypothèses, on se trouve en présence de provocations indirectes puisqu'elles sont commises par le biais d'une interface qui est médiatique. Lorsque des provocations sont réalisées par voie de presse, elles ne visent pas à faire réagir une personne en particulier, mais cette provocation est adressée de manière indéterminée aux lecteurs.

Ainsi, nous pouvons constater qu'il y a une hétérogénéité des destinataires de la provocation : cela peut être réalisé à une personne déterminée ou non, par le biais ou non d'intermédiaire(s), etc. Enfin, comme a pu le relever M. Jean-Yves Lassalle, il existe des provocations qui sont dites « personnalisées et impersonnelles », c'est-à-dire que ce sont des « provocations qui peuvent s'adresser aussi bien à une personne déterminée que de façon impersonnelle »¹¹³. Cet auteur distingue les provocations en fonction de l'intérêt qu'elles protègent : privé ou public. Dans le domaine des provocations protégeant des intérêts privés et qui peuvent être réalisées à personne déterminée comme de façon impersonnelle, il y a, par exemple, la provocation au suicide ; la provocation à l'abandon d'enfant ; la provocation à faire commettre par des mineurs des actes illicites ou dangereux, etc. Concernant ensuite l'hypothèse de provocations « personnalisées et impersonnelles » qui tendent à protéger un intérêt public, il y a, par exemple, la provocation à s'armer illégalement ; la provocation à passer au service d'une puissance étrangère, etc.

¹¹² Voir par exemple, l'article 211-1 du Code Pénal : « Constitue un génocide le fait ... de commettre ou de faire commettre ... l'un des actes suivants : ... ».

¹¹³ J.-Y. Lassalle, op. cit, n°67.

Il faut relever qu'il y a une multitude de possibilités et que la provocation ne s'adresse pas toujours à une personne déterminée, mais peut être impersonnelle, ou, dans d'autres hypothèses, peut même être considérée comme une provocation « personnalisée et impersonnelle », si l'on reprend l'expression de M. Jean-Yves Lassalle.

56. Toutefois, si l'on a compris la notion de caractère direct de la provocation comme la personne à qui elle doit être adressée dans un premier temps ; il faut désormais étudier le caractère direct de l'infraction de provocation comme l'exigence ou non d'un lien de certitude causale de l'acte provocateur avec l'infraction commise par le provoqué (2).

2) L'absence d'uniformité sur la certitude causale de l'acte provocateur

57. Le caractère direct d'une infraction de provocation prend un autre sens lorsque l'on raisonne en matière de causalité, de certitude causale de l'acte de provocation. La provocation est considérée comme directe lorsqu'il y a relation certaine de cause à effet entre la provocation effectuée par le provocateur et l'infraction qui est accomplie par le provoqué. La provocation est dite indirecte lorsque ce lien de causalité n'est pas certain. On aura tendance à retrouver des hypothèses de provocations indirectes en matière de provocation par le biais de la presse (loi du 29 juillet 1881).

58. Pour autant, tous les articles ne sont pas tranchés de manière aussi prononcée. Dans certaines hypothèses, la provocation peut être prévue comme directe ou indirecte. « Il y a des cas où c'est la provocation directe qui est incriminée, à savoir celle qui tend à persuader autrui d'exécuter une action précise, et il y a des hypothèses où l'on se contente d'une provocation indirecte, c'est-à-dire lorsque l'incitation prend une forme insidieuse »¹¹⁴. La provocation peut donc être directe ou indirecte. Par exemple, l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 peut être considéré comme un article qui prévoit la répression dans des hypothèses de provocations directes : cela « impose dès lors de démontrer qu'il existe une relation entre la provocation faite et l'infraction perpétrée, que du moins la première a exercé une influence certaine sur la seconde¹¹⁵ »¹¹⁶.

¹¹⁴ Ibid, n°36.

¹¹⁵ Voir par exemple, Cass. Crim. 25 février 1954, Bull. Crim. n°89.

¹¹⁶ J.-Y. Lassalle, op. cit, n°39.

L'article 24, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 réprime la provocation indirecte par le biais de l'apologie de certains crimes et délits.

En revanche, l'article 24 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit un cas de provocation directe et indirecte. Cet article réprime la provocation à la discrimination, à la haine, ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Selon Jean-Yves Lassalle, cet article « n'implique pas que les comportements discriminatoires, les manifestations de haine ou les attitudes violentes soient précisément définis dans les discours ou documents litigieux »¹¹⁷. La provocation peut donc être directe ou indirecte au sein d'un même article. Néanmoins, malgré ce caractère indirect, la provocation doit rester une provocation. La Cour de Cassation exige que « l'on puisse relever que ce qui a été dit ou écrit puisse être compris comme une incitation manifeste, une instigation, une exhortation à des sentiments discriminatoires »¹¹⁸.

59. Egalement, peut être considérée comme une provocation indirecte, le fait de présenter sous un jour favorable certaines infractions¹¹⁹, ou encore, le domaine d'application de l'article 24 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1881 (cris et chants séditions). Ces termes amènent à s'interroger sur le fait de savoir si le fait de faire l'apologie de crimes peut constituer une forme de provocation indirecte ?

En effet, les opinions divergent sur cette question¹²⁰. On peut penser qu'une personne qui fait publiquement l'apologie de certains crimes particuliers visés par la loi de 1881 ne fait qu'exprimer son opinion personnelle et n'a pas forcément la volonté de convaincre ses auditeurs, de les provoquer à de telles infractions. Tout le problème va résider dans le caractère intentionnel de cette personne d'exhorter à de telles infractions.

L'apologie fait partie des provocations considérées comme indirectes, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ayant affirmé que « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ni à un autre acte délictueux (...). Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou

¹¹⁷ J.-Y. Lassalle, *Provocation*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mars 2003, n°53.

¹¹⁸ Ibid, la simple dérision d'une religion ne suffisant pas, par exemple, à caractériser le délit (Cass. Crim. 7 décembre 1993, Bull. Crim. n°374).

¹¹⁹ Article L.3421-4 du Code de la santé publique : « La provocation au délit prévu par l'article L. 3421-1 ou à l'une des infractions prévues par les articles 222-34 à 222-39 du code pénal, alors même que cette provocation n'a pas été suivie d'effet, ou le fait de présenter ces infractions sous un jour favorable est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

¹²⁰ Voir par exemple, D. Portolano, op. cit., n°67.

culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques »¹²¹.

Certains auteurs comme Jean-Yves Lassalle considèrent que l'apologie peut avoir « sur certaines personnalités une influence nocive et les inciter, en leur fournissant une justification morale, à adopter le même comportement répréhensible. Autrement dit, l'apologie constitue une forme insidieuse et dangereuse de provocation. Certes elle ne cherche pas à obtenir la commission d'une infraction déterminée, et elle ne peut donc s'analyser comme une provocation directe, mais « en semant dans le public les germes d'une détérioration grave du sens moral ou civique ou en troublant les esprits »¹²² elle agit de façon indirecte »¹²³.

60. Ainsi, les provocations que l'on peut considérer comme indirectes sont celles où il n'est pas nécessaire d'établir que le public a été poussé à une infraction précise et déterminée. Par conséquent, l'apologie, ou encore le fait de présenter sous un jour favorable certaines infractions peuvent être considérés comme des formes de provocations indirectes. Cet élargissement du champ d'application de la provocation n'est pas négligeable puisqu'il étend de manière non négligeable le champ d'intervention des juges.

61. De nombreuses divergences ont pu être relevées, ces divergences portant sur le comportement du provocateur. Ces différences portent non seulement sur la forme, mais également sur le fond. En raison de cette absence d'uniformité dans les incriminations des infractions de provocation, cela aboutit à un manque de cohérence intellectuelle lorsque sont comparées les différentes infractions de provocation. Ces divergences ne se limitent pas au seul comportement du provocateur mais portent également sur le résultat de l'acte de provocation (Section 2).

Section 2 – Des divergences tenant au résultat de l'acte de provocation

62. Les divergences dans le système de répression des infractions autonomes de provocation se poursuivent également sur le plan du résultat exigé suite à la provocation. En effet, selon les textes, l'exigence d'un résultat dommageable sera un élément constitutif à la qualification de la provocation, pour d'autres, c'est l'absence de résultat dommageable qui

¹²¹ CEDH, 16 juillet 2009, Féret c/Belgique, n°15615/07 §73.

¹²² A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.2, Droit pénal spécial, 6^e édition, 1982, Cujas, n°1596, cité par J.-Y. Lassalle, op. cit. n°45.

¹²³ J.-Y. Lassalle, op. cit. n°45.

permettra de qualifier la provocation. Les différences sont donc nombreuses quant à l'exigence d'un résultat dommageable en matière d'infractions autonomes de provocation (Paragraphe 1). Mais cette absence d'uniformité se poursuit également sur le plan de la consistance même du résultat dommageable (Paragraphe 2).

§1 Les différences quant à l'exigence d'un résultat dommageable

63. Il existe d'importantes disparités selon les infractions autonomes de provocation quant à l'exigence d'un résultat dommageable suite à la provocation pour que cette infraction de provocation puisse être constituée. Le problème est que, par cette absence d'uniformité entre exigence ou non d'un effet suite à la provocation (A), le législateur n'a pas anticipé les conflits de qualifications que peuvent entraîner certaines des incriminations autonomes de provocation, non seulement entre elles, mais aussi avec l'article 121-7 du Code Pénal (B).

A) Des différences quant à l'existence d'un effet redouté selon les infractions de provocation

64. Toutes les infractions autonomes de provocation ne sont pas rédigées de la même façon, et toutes n'exigent pas nécessairement qu'un effet suite à la provocation soit rapporté pour constituer l'infraction. Il y a une nouvelle fois, une absence d'uniformité sur l'exigence d'un résultat dommageable, certaines infractions autonomes de provocation exigeant alternativement qu'un effet ou que l'absence d'un effet suite à la provocation soit observé (1) ; d'autres infractions de provocation étant duales, c'est-à-dire que la provocation sera réprimée qu'elle soit, ou non, suivie d'un effet (2).

1) Caractère alternatif de l'exigence d'un effet à la provocation

65. Il n'y a pas d'uniformité dans la détermination du caractère formel ou matériel des infractions autonomes de provocation. Selon les infractions, le législateur peut exiger l'existence d'un effet suite à la provocation, c'est-à-dire que la provocation ait été suivie d'effet. On parle alors de provocation qui est dite matérielle : la provocation pourra être sanctionnée seulement si elle a été suivie d'effet. A l'inverse, dans d'autres hypothèses, la provocation ne sera constituée que si elle n'a pas été suivie d'effet : on parle alors de

provocation formelle (il ne doit pas y avoir d'effet suite à la provocation pour que celle-ci soit constituée).

66. Certaines provocations exigent, dans leur rédaction même, que la provocation ait été suivie d'effet pour pouvoir être constituée. Si la provocation n'a pas été suivie d'effet, elle ne sera alors pas caractérisée dans tous ses éléments constitutifs. En effet, l'existence d'un dommage devient ici un élément constitutif de la provocation.

Par exemple, l'article 223-13 du Code Pénal dispose que « le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide ». Il est à constater à la lecture de cet article que la provocation au suicide ne sera caractérisée que si elle a été suivie d'effet. Autrement dit, seulement si la provocation a poussé au suicide, ou, a minima, à une tentative de suicide. Sans cela, la provocation ne pourra être réprimée puisqu'un des éléments constitutifs sera absent, il n'y aura même pas de provocation.

67. La nécessité d'établir la matérialité de l'effet de la provocation peut être critiquée puisque ce résultat se constitue indépendamment de la volonté du provocateur. C'est le provoqué qui fera son choix. C'est en quelque sorte une décision, une circonstance qui est indépendante de la volonté de l'auteur de la provocation. Il peut donc paraître regrettable de ne pas poursuivre le provocateur puisque l'existence d'un effet à la provocation n'est pas de son ressort mais de celui du provoqué. La répression de la provocation dans de tels cas est donc subordonnée à un élément extérieur : la volonté du provoqué sur laquelle le provocateur peut influencer initialement mais jamais totalement. En effet, la base même de la provocation est d'influencer très fortement le comportement d'autrui, mais, pour autant, le provoqué garde toujours sa volonté et commettra le fait en ayant conscience de ce qu'il fait¹²⁴.

68. On pourrait avancer l'idée que l'exigence de matérialité de la provocation en matière de suicide soit un cas exceptionnel en raison du caractère spécifique du suicide. En effet, la provocation au suicide est une provocation à un acte licite, le suicide n'étant pas réprimé par le Code Pénal. On pourrait alors supposer que le souhait du législateur d'exiger que la provocation au suicide soit nécessairement suivie d'effet pour pouvoir être réprimée serait lié au contexte particulier de cette infraction de provocation. Si l'on exigeait que la provocation au suicide puisse être constituée indépendamment de ses conséquences, cela pourrait être

¹²⁴ Il n'y a pas cette idée d'avoir été manipulé sans que l'on s'en rende compte comme avec l'instigateur médiat.

critiquable en raison de la dépenalisation du suicide, et que cela entrainerait un trop grand élargissement de la répression.

Mais pour autant, l'exigence de matérialité comme condition substantielle à la répression de la provocation ne se retrouve pas seulement dans la provocation à des actes qui ne sont pas réprimés par le législateur, et qui sont « seulement » des atteintes à des valeurs protégées. En effet, l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse exige également cette condition de matérialité alors que l'on se trouve bien sur des provocations publiques à des infractions¹²⁵.

69. Il y a une absence de cohérence dans la volonté du législateur quant à l'exigence d'un effet à la provocation. En effet, il existe des provocations matérielles qui viennent d'être étudiées, mais, pour autant, cela ne recouvre pas la totalité des hypothèses de provocation : d'autres provocations, pour être constituées, exigent qu'aucun effet n'ait suivie la provocation.

Le législateur n'a pas harmonisé les conditions substantielles de la provocation relatives à l'exigence d'un effet ou de l'exigence d'une absence d'effet suite à la provocation pour que celle-ci soit constituée. A l'opposé des provocations qui sont dites matérielles, le législateur a établi des provocations qui sont dites, quant à elles, formelles. Dans cette hypothèse, l'absence d'effet suite à la provocation est une des conditions pour que la provocation puisse être constituée. S'il y a un effet suite à cette provocation, la répression se fera sur la base d'un autre texte que celui d'une incrimination spécifique de la provocation.

C'est par exemple le cas, en premier lieu, de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 qui prévoit que « seront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende (...) dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet (...) ». C'est un cas de provocation formelle puisque si la provocation est suivie d'effet, alors, la répression se fera sur le terrain de l'article 23 de cette même loi.

70. Cela induit des conséquences sur le quantum des peines encourues. Ainsi, par exemple, l'article 221-5-1 du Code Pénal réprime la provocation non suivie d'effet (« lorsque ce crime n'a été ni commis, ni tenté) à un assassinat ou à un empoisonnement de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000€ d'amende. Or, si cette provocation est suivie d'effet, il

¹²⁵ Article 23 de la loi du 29 juillet 1881 : « (...) auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet ».

faudra se placer sur le terrain des articles 221-3¹²⁶ et 221-5¹²⁷ du Code Pénal. Il faut donc jongler entre les différentes dispositions des Codes, et bien lire la lettre du texte pour vérifier ce que souhaite le législateur : que la provocation soit ou non suivie d'effet pour pouvoir être réprimée. Si le législateur l'exige dans le texte, cela constitue une condition substantielle de la provocation sans laquelle la provocation soit ne pourra être réprimée (dans le cas d'une infraction matérielle), ou le sera mais sur un autre terrain (dans le cas d'une infraction formelle).

71. Ainsi, pour compléter par d'autres exemples, l'article 227-28-3 du Code Pénal fait également partie des provocations formelles. Il faut, « pour que l'infraction définie à l'article 227-28-3 soit constituée, que le crime ou le délit, objet de la provocation, ait été « ni commis, ni tenté ». Cette condition est la raison d'être du texte car, en son absence, le provocateur serait complice du crime ou du délit, ou de sa tentative, au sens de l'article 121-7 du Code Pénal et punissable comme tel. La provocation se trouve ainsi exclue de l'article 227-28-3, non seulement lorsque l'infraction qui en est l'objet a été consommée, mais aussi lorsqu'elle a été simplement tentée »¹²⁸. On peut constater que même la tentative (bien que l'échec soit dû à des circonstances indépendantes de la volonté du provocateur) est considérée comme un effet de la provocation et conduira à la non-application de cette infraction formelle de provocation, mais pour autant, pourra être réprimée sur un autre terrain qui, généralement, sera celui du droit commun avec l'article 121-7 du Code Pénal.

72. L'on peut observer qu'il y a une absence de cohérence dans le choix du législateur en matière d'exigence d'un effet à la provocation. Celle-ci peut être matérielle ou formelle, sans qu'un critère particulier permette de justifier cette distinction. Mais pour autant, cette incohérence ne se limite pas à cela puisque certaines infractions de provocation mêlent à la fois le caractère matériel et le caractère formel comme conditions substantielles pour caractériser ces infractions, que cela soit opéré de manière explicite ou de manière implicite (2).

¹²⁶ Article 221-3 du Code Pénal : « Le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité ».

¹²⁷ Article 221-5 du Code Pénal : « Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement. L'empoisonnement est puni de trente ans de réclusion criminelle ».

¹²⁸ H. Angevin, *Provocation non suivie d'effet à commettre certaines infractions à l'encontre d'un mineur*, Jurisclasseur, Fascicule n°20.

2) Caractère dual des provocations

73. D'autres infractions de provocation répriment, au sein du même article, la provocation qui n'est pas suivie d'effet et la provocation lorsqu'elle est suivie d'effet. Cette répression s'explique quelques fois par la mise en place d'une répression plus forte lorsque la provocation est suivie d'effet que lorsqu'aucun effet ne s'en est suivi. Pour autant, le caractère dual de ces provocations n'est pas toujours précisé de manière explicite (a). Il peut être fait de manière plus sous-jacente (b).

a) Des provocations duales explicites

74. Le terme « dual » est utilisé ici dans l'idée que le législateur a souhaité incriminer dans le texte, à la fois la provocation non suivie d'effet, et, dans le même temps, la provocation suivie d'effet. En effet, il est régulièrement affirmé que le dommage est le pur fruit du hasard¹²⁹. Or, il faut affirmer également, en raisonnant par analogie, que le résultat de la provocation sur le provoqué est également le fruit d'un certain hasard. Ou, tout du moins, l'effet de la provocation va résulter de circonstances indépendantes à la volonté du provocateur, sur lesquelles il n'a aucune prise.

75. C'est pourquoi, ne pas réprimer une provocation parce qu'elle n'a pas été suivie d'effet peut paraître un acte manqué, d'autant plus que cela résulte de circonstances indépendantes à la volonté de l'auteur. A l'inverse, réprimer la provocation parce qu'elle a été suivie d'effet, sur un autre terrain que l'article spécifique qui lui est consacré peut paraître maladroit, puisque l'infraction a été créée spécifiquement et est adaptée à cette provocation particulière.

Pour autant, le législateur, à côté des incriminations autonomes de provocation matérielles ou formelles, a créé des provocations duales, recoupant les deux formes d'effet de la provocation. On assiste ainsi à une multiplication des formes que peut prendre la provocation. Mais cela ne se limite pas à cela : les provocations duales peuvent tout d'abord être explicites. C'est-à-dire que dans cette hypothèse, le législateur dit expressément qu'il réprime à la fois la provocation non suivie d'effet et la provocation suivie d'effet.

¹²⁹ « Mais la réalisation du risque est le pur produit du hasard (...) », J.-P. Vial, *Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier !*, AJ Pénal 2012, p.84.

C'est par exemple les articles L.2341-5 et l'article L.1333-13-2 du Code de la défense. Ces deux articles sont formulés de la même manière. Dans un premier temps, l'article prévoit la sanction lorsque la provocation a été suivie d'effet. Dans un second temps, le deuxième alinéa prévoit que « lorsque les faits mentionnés au premier alinéa du présent article ne sont pas suivis d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de leur auteur, la peine (...) » ; c'est-à-dire l'hypothèse de la provocation qui n'a pas été suivie d'effet.

76. D'un autre côté, la majorité des infractions autonomes de provocation ne précisent pas explicitement leur caractère dual. Mais pour autant, bien avant cela, il est à constater qu'il existe des provocations au caractère dual pour partie explicite et pour partie implicite. Par exemple, l'article 412-8 du Code Pénal dispose que « le fait de provoquer à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Lorsque la provocation est suivie d'effet, les peines sont portées à trente ans de détention criminelle et à 450000 euros d'amende ». De même, pour l'article 431-6 du Code pénal qui prévoit que « la provocation directe à un attroupement armé, manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. Lorsque la provocation est suivie d'effet, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 100000 euros d'amende ». Il faut relever que dans ces deux articles, le caractère formel de la provocation (que la provocation ne soit pas suivie d'effet) est entendu de manière implicite ; tandis que le caractère matériel de la provocation (que la provocation soit suivie d'effet) est exprimé clairement, de manière explicite. Mais, en sens inverse, l'article 434-15 du Code Pénal¹³⁰ réprime quant à lui de manière implicite la provocation suivie d'effet ; et de manière explicite la provocation non suivie d'effet.

77. Il y a clairement un manque d'harmonie législative ici, et ce, d'autant plus qu'il existe également des provocations duales implicites (b).

¹³⁰ Article 434-15 du Code Pénal : « Le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende, même si la subornation n'est pas suivie d'effet ».

b) Des provocations duales implicites

78. Dans ces hypothèses, le législateur n'a apporté aucune précision sur la nécessité d'un effet suite à la provocation, ou si cela n'est pas nécessaire afin de caractériser la provocation. Que faire alors dans ces hypothèses ? Par exemple, l'article 227-18 du Code Pénal dispose que « le fait de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 100 000€ d'amende ». La seule provocation suffit-elle ici ? Doit-elle être nécessairement suivie d'effet ou peut-elle être réprimée qu'elle soit ou non suivie d'effet ?

79. Il y a un flou législatif ici. Un auteur¹³¹ a pu considérer que « la provocation n'a pas à avoir été suivie d'effet » pour cette infraction. « Dans le cas inverse, ce sont les règles de droit commun qui s'appliqueront ».

Mais l'on peut constater que l'ensemble de la doctrine ne semble pas s'accorder en la matière. En effet, par exemple, l'article 433-10 du Code Pénal¹³², ne précise pas non plus si la provocation doit être ou non suivie d'effet pour pouvoir être sanctionnée. Or, ici, il a été considéré que « la provocation est punissable même non suivie d'effet »¹³³, ce qui laisse sous-entendre que la provocation est également punissable si elle est suivie d'effet. De même, la jurisprudence a pu considérer dans le cadre de la répression de la provocation à un faux témoignage, qu'elle « n'est pas subordonnée à l'existence d'un faux témoignage¹³⁴ »¹³⁵. Il semble qu'il n'y ait pas de cohérence législative, doctrinale et également jurisprudentielle sur le sujet. Mais cette absence d'harmonie est en corrélation avec le choix que l'on adopte en matière de conflits de qualifications (B).

B) La montée des conflits de qualifications

80. En effet, un des enjeux de la détermination de savoir si la provocation doit ou non être suivie d'effet pour pouvoir être réprimée est que cela peut entraîner des conflits de qualifications, et notamment avec le droit commun, l'article 121-7 du Code Pénal. En effet, si

¹³¹ J.-Y. Lassalle, op. cit., n°91.

¹³² Article 433-10 du Code Pénal : « La provocation directe à la rébellion, manifestée soit par des cris ou des discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie de deux mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».

¹³³ J.-Y. Lassalle, op. cit. n°61.

¹³⁴ Voir notamment Cass. Crim. 11 janvier 1956, Bull. Crim. 1956 n°49.

¹³⁵ F. Rousseau, op. cit., n°302.

l'on admet que pour les provocations dites duales implicites, qu'a minima, la provocation est poursuivable si elle n'est pas suivie d'effet ; et a maxima, que l'infraction est également poursuivable si elle est suivie d'effet, se pose alors un conflit de qualifications avec l'article 121-7 du Code Pénal.

81. Effectivement, incriminer les provocations non suivies d'effet par le biais d'infractions spécifiques paraît louable puisqu'elles ne pourraient l'être sur le terrain du droit commun. C'était par exemple, la question du mandat criminel qui a pu être posée dans les affaires Schieb ou Lacour notamment – problème désormais réglé par l'article 221-5-1 du Code Pénal qui réprime spécifiquement et uniquement la provocation non suivie d'effet à l'empoisonnement ou à l'assassinat.

82. Mais dès lors où le législateur réprime les provocations qui sont suivies d'effet, l'intérêt de l'utilité de ces incriminations peut être remis en cause et risque d'entraîner des conflits de qualifications. Si l'on met de côté les quelques infractions autonomes de provocation, suivies d'effet, mais qui répriment des comportements qui ne sont pas illicites (comme le suicide, la prostitution), se pose la question de la compatibilité de l'infraction de provocation avec la complicité par provocation prévue par l'article 121-7 du Code Pénal. Prenons plusieurs exemples.

83. En premier lieu, l'article 225-4-10 du Code Pénal qui réprime la provocation à la dissimulation du visage. Si celle-ci est suivie d'effet, le provocateur encourt alors une peine d'un an d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (les peines sont en revanche doublées si la provocation est commise au préjudice d'un mineur). Or, dans le même temps, l'article 121-7 du Code pénal peut trouver à s'appliquer également. Le provocateur sera alors considéré comme complice et encourt alors une contravention de deuxième classe ainsi qu'un stage de citoyenneté¹³⁶. Quelle solution choisir alors ? D'un point de vue strictement matériel, un des éléments qui pourrait permettre la répression sur le terrain de l'article 225-4-10 du Code Pénal plutôt que sur l'article 121-7 du Code Pénal dépendrait des circonstances dans lesquelles la provocation a été commise. Il faut se référer à la liste des admissibles prévue pour chacune de ces infractions. Si la dissimulation du visage a été provoquée par contrainte ou violence, alors, seul l'article 225-4-10 du Code Pénal sera applicable. En revanche, si cette

¹³⁶ Article 3 de la loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

dissimulation a été provoquée par don, promesse ou par ordre, alors, seul l'article 121-7 du Code Pénal sera applicable.

Mais, pour le reste, si la provocation a été réalisée par menace, abus d'autorité ou de pouvoir, alors on reste dans l'impasse du choix de qualification à adopter. Plusieurs principes s'affrontent : tout d'abord, une règle fondamentale est celle du non cumul des qualifications, le juge ne doit retenir qu'une seule qualification. Ensuite, deux principes s'affrontent : le principe du *specialia generalibus derogant* et le principe de la plus haute expression pénale.

84. Comme a pu l'affirmer Jean-Yves Lassalle¹³⁷, « si le législateur a édicté une disposition spéciale, c'est bien pour qu'elle soit prise en compte en toute hypothèse, et ce n'est pas uniquement pour suppléer la prescription générale quand les conditions posées par celle-ci ne sont pas réunies ». Pour autant, en parallèle, il y a le principe de la plus haute expression pénale qui postule de retenir l'infraction la plus sévèrement punie.

En vertu de ce principe, « c'est le droit commun qui, a priori, devrait retrouver son empire puisque le provocateur encourt alors les peines de la complicité qui sont plus lourdes que celles prévues par les textes relatifs aux provocations autonomes »¹³⁸. La solution n'est pas toujours évidente à déterminer. Prenons par exemple l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881. Cet article prévoit que « seront punis comme complices d'une action qualifiée de crime ou de délit ceux qui (...) auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet. Cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'article 2 du Code Pénal ». Ainsi, en matière de crime, la provocation peut n'avoir été que tentée. Il y a un risque de conflit de qualifications entre l'article 23 de la loi de 1881 et l'article 121-7 du Code Pénal. En effet, hormis l'hypothèse d'une provocation à un délit qui a été suivie d'une tentative punissable, toutes les autres hypothèses vont relever des deux textes. Il semblerait que dans de tels cas, la jurisprudence soit davantage encline à appliquer les dispositions de droit commun, ou, de manière plus générale, la qualification avec la plus haute expression pénale¹³⁹.

85. De ce fait, il faut relever plusieurs redondances entre les différents textes d'incrimination de la provocation. Ainsi, par exemple, l'article 431-6 du Code Pénal réprime

¹³⁷ J.-Y. Lassalle, op. cit, n°13.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Voir notamment, T. corr. Seine, 2 mai 1895, Gaz. Pal. 1895.1, 631.

la provocation directe à un attroupement armé, « manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image (...) ». On retrouve ici les moyens par lesquels les provocations dites « publiques » peuvent être caractérisées. Cette disposition n'a pas été intégrée dans la loi de 1881 et il peut donc paraître regrettable que cette disposition ne fasse pas partie du dispositif de la loi du 29 juillet 1881, et ce, d'autant plus que la rédaction des deux articles est voisine. Or, compte tenu de la spécificité de la loi du 29 juillet 1881, il semblerait que serait appliqué prioritairement l'article 23 ou l'article 24 de cette loi¹⁴⁰.

86. Mais ce n'est pas toujours le cas : en effet, comme le démontre M. Lassalle¹⁴¹, la provocation à s'armer illégalement prévue à l'article 412-8 du Code Pénal, et la provocation à passer au service d'une puissance étrangère prévue à l'article 413-1 du Code Pénal, entrent en conflit avec les dispositions 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881. En effet, cet auteur souligne que « lorsque ces provocations sont commises publiquement, de façon impersonnelle, l'un de ces deux textes pourrait fort bien recevoir application : soit l'article 23 quand la provocation a été suivie d'effet, soit l'article 24 dans l'hypothèse inverse puisque y sont visées les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et qu'en font partie les infractions objets des provocations en cause. Il n'empêche que le législateur a clairement voulu que les textes spéciaux s'appliquent même en cas de publicité, puisqu'à chaque fois, il est précisé qu'alors c'est le régime de la responsabilité dit « en cascade » prévu par la loi de 1881 qui opère. Cette précision serait totalement inutile si les articles 23 et 24 devaient l'emporter ».

87. Il faut donc une nouvelle fois jongler entre les dispositions des différents codes en raison du manque d'harmonie législative et de clarification. De plus, ce qui est encore plus gênant est que le législateur n'a pas précisé dans les dispositions quelle qualification devait prévaloir. Il faut en rester aux suppositions comme l'a fait précédemment M. Lassalle. Bien sur, d'un point de vue purement répressif, il est plus intéressant de se déterminer par rapport à la plus haute expression pénale. Mais, en se déterminant ainsi, on ne fait que renvoyer à la dimension purement palliative des infractions autonomes de provocation qui ne seraient là que pour combler les vides, combler les hypothèses que le législateur n'a pas envisagé en droit commun. Or, l'application des infractions autonomes de provocation devrait davantage prévaloir lorsqu'il y a un conflit de qualifications avec une disposition de droit commun,

¹⁴⁰ Voir en ce sens, Cass. Crim., 24 mars 1955, Bull. Crim. n°177.

¹⁴¹ J.-Y. Lassalle, op. cit, n° 104.

puisque'elle est justement adaptée aux spécificités de l'espèce. Mais il semblerait que cela ne soit pas la pratique jurisprudentielle¹⁴².

88. Il paraît difficile aujourd'hui d'établir un régime cohérent de répression de la provocation, notamment en ce qui concerne le résultat exigé suite à la provocation. Par delà l'absence d'effet ou, au contraire, la caractérisation d'un effet suite à la provocation, le législateur n'est pas non plus uniforme sur la consistance même, le fond même de l'effet de la provocation (Paragraphe 2).

§2 Des différences quant à la consistance de l'effet de la provocation

89. Si les divergences quant à un effet suite à la provocation sont nombreuses et non justifiées, l'absence d'harmonisation sur le résultat en matière d'infractions autonomes de provocation va beaucoup plus loin. En effet, si l'on peut s'attendre à ce que la provocation exhorte à la commission d'une infraction, pour autant, ce n'est pas toujours le choix qu'a fait le législateur, en admettant que la provocation puisse stimuler à des comportements non incriminés (A). Finalement, par la répression de l'effet que la provocation peut avoir sur un individu, c'est la volonté de protéger certaines valeurs a priori limitatives. Toutefois, par la multiplication de la répression de la provocation par le biais d'infractions autonomes, l'absence d'homogénéité de la répression se fait également ressentir sur le plan des valeurs qui sont protégées par la répression de la provocation (B).

A) Les provocations à des comportements non incriminés

90. On pourrait croire que, de manière homogène, le législateur sanctionne la provocation à des faits qui sont illicites. Cela peut paraître compréhensible dans la mesure où si le comportement objet de la provocation est a minima répréhensible en vertu d'une disposition législative ; a fortiori, l'incitation à ce type de comportement doit l'être. Mais admettre que certains faits, qui ne sont pas incriminés mais dont la provocation est quant à elle réprimée peut paraître assez déstabilisant. Pourquoi la provocation à certains actes doit elle être réprimée alors que cet acte, pris indépendamment de la provocation, n'est pas constitutif d'une infraction ? Comme a pu le souligner S. Martin Valente, « certaines provocations sont en effet incriminées quoi qu'elles tendent à des actes qui ne sont pas du tout délictueux. N'est-

¹⁴² Voir notamment, T. corr. Seine, 2 mai 1895, Gaz. Pal. 1895.1, 631.

ce pas derrière la prétendue sanction d'une atteinte à l'intérêt individuel, la mise en péril de l'intérêt social qui est plus généralement réprimée ? »

91. Comment comprendre ce type de provocation qui révèle une nouvelle fois l'absence d'uniformité quant à son champ d'« intervention » en matière de provocation ? Il faut rappeler dans un premier temps la définition de la provocation selon la jurisprudence : il s'agit d'une « manœuvre consciente qui a pour but de surexciter les esprits et de créer la mentalité qui appelle à l'infraction »¹⁴³. Il faut en réalité souligner que la provocation consiste à inciter fortement un individu à une atteinte à une valeur protégée (et non pas, comme le relève le tribunal, exclusivement à une infraction) qu'il n'aurait pas commis sans cette provocation.

92. L'une des provocations à une valeur protégée (qu'est la vie) qui a été consacrée est celle de la provocation au suicide. Il faut revenir un temps sur le contexte : c'est à partir de la Révolution Française que le suicide ne fut plus incriminé « car l'on considéra que le droit de disposer de sa vie était un droit inaliénable, l'expression de la liberté fondamentale de l'Homme »¹⁴⁴. Ainsi, depuis, la tentative de suicide (et, a fortiori, le suicide) n'est plus réprimée¹⁴⁵. In extenso, par l'absence de répression du suicide ou de sa tentative, la complicité au suicide par provocation ne pouvait être retenue, en vertu de la théorie de l'emprunt de criminalité qui suppose que « la sanction encourue par le complice dépend de la peine qui est attachée par la loi à l'infraction commise par l'auteur matériel »¹⁴⁶. En effet, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a pu considérer que dans l'hypothèse d'une provocation au suicide, celle-ci ne pouvait être réprimée en raison du « défaut de fait principal punissable, condition fondamentale de la complicité de droit commun »¹⁴⁷.

Bien que le suicide « reste une affaire d'ordre personnel, (...) on a, dans une certaine mesure, le droit de l'empêcher »¹⁴⁸. Comment, dès lors, empêcher la propagation de telles provocations ? Il semble évident que « la préservation de la vie d'autrui est un devoir social »¹⁴⁹, et il paraît nécessaire que la provocation au suicide ne devait pas être laissée réalisée en toute impunité. La jurisprudence a tâtonné quelque peu en réprimant cette

¹⁴³ T.Corr. Paris, 15 avril 1986, RSC 1987.209 obsv. P. Bouzat.

¹⁴⁴ R. Badinter garde des Sceaux, JO Sénat, 9 juin 1983, p.1522.

¹⁴⁵ Voir notamment TGI Paris, 25 janvier 1984, Juris-Data n° 1984-001040.

¹⁴⁶ Jean-Paul Doucet, Dictionnaire de droit criminel, V° Complicité.

¹⁴⁷ Cass, Crim., 27 avril 1815, Bull. Crim. 1815, n°28 ; T.Corr. Lisieux, 26 février 1937 : DH 1937, p.261.

¹⁴⁸ J. Francillon, *Publicité ou propagande en faveur de moyens préconisés pour se donner la mort. Conflit entre le droit à la vie et la liberté d'information. Responsabilité pénale du directeur de publication*, RSC 2002, p.615.

¹⁴⁹ Ibid.

incitation sur d'autres fondements comme l'homicide involontaire¹⁵⁰ ; l'omission de porter secours¹⁵¹ ; ou encore, l'empoisonnement¹⁵². Il fallut attendre 1982, avec la publication du livre, « Suicide, mode d'emploi »¹⁵³ et de plusieurs passages à l'acte¹⁵⁴ pour que la loi du 31 décembre 1987¹⁵⁵ soit adoptée.

93. Il s'agissait avant tout de mettre en place « une législation de prévention en vue de protéger les êtres particulièrement vulnérables contre les agissements de tiers les incitant à accomplir le geste irrémédiable »¹⁵⁶. Ainsi, les provocations à des comportements non incriminés comme le suicide¹⁵⁷, la prostitution¹⁵⁸ ou la mendicité¹⁵⁹ peuvent être qualifiées d'infractions de provocation dont l'objet même est licite. Cette volonté du législateur d'incriminer « le fait d'inciter autrui à accomplir un acte réputé licite »¹⁶⁰ révèle l'idée qu'il existe des valeurs « prioritaires » à protéger : la vie (provocation au suicide), les mineurs (provocation de mineur à la consommation de boissons alcooliques)... C'est notamment pour des raisons de sécurité publique que le législateur décide que certaines provocations à des comportements, bien qu'ils soient licites, seront considérés comme illégaux.

94. Admettre la provocation à des comportements qui ne sont pas incriminés par le législateur peut paraître surprenant. Mais il s'agit avant tout de préserver certaines valeurs fondamentales et éviter qu'il ne soit porté atteinte à celles-ci. Toutefois, si l'on peut penser que la répression de la provocation allait se concentrer sur certaines valeurs plus spécifiques pour justifier une certaine cohérence, en réalité, il faut observer la disparité des valeurs protégées par la répression de la provocation (B).

¹⁵⁰ Cass. Crim., 24 novembre 1965, D. 1966, p.104.

¹⁵¹ T. Corr. Paris, 27 juin 1968, RSC 1969, p.144 ; Cass. Crim., 23 avril 1971, Bull. Crim. 1971, n°116.

¹⁵² Cass. Crim, 8 juin 1993, Bull. Crim. 1993, n°203.

¹⁵³ Claude Guillon et Yves Le Bonniec, « titre transposant celui du roman de Georges Perec, *"La vie mode d'emploi"*, paru quelques années plus tôt. À côté de considérations sur la légitimité du suicide, cet ouvrage contenait des recettes pratiques sur les manières les plus expédientes de se donner la mort en ingérant des produits toxiques, dont les doses mortelles étaient indiquées ainsi que les précautions à prendre pour éviter qu'un secours non souhaité ne fasse échec à l'entreprise du désespéré. », H. Angevin, *Provocation au suicide*, Jurisclasseur Pénal Code, n°20.

¹⁵⁴ Plusieurs personnes auraient utilisé les méthodes préconisées pour se suicider selon le Rapport Dailly n°359 (1982-1983), *proposition de loi tendant à réprimer l'incitation et l'aide au suicide*, p.3

¹⁵⁵ Loi n°87-1133 du 31 décembre 1987, tendant à réprimer la provocation au suicide.

¹⁵⁶ Exposé des motifs de la proposition de loi Dailly, Ass. nat., n° 723, cité par J. Francillon, op. cit.

¹⁵⁷ Provocation au suicide réprimée à l'article 223-13 du Code Pénal.

¹⁵⁸ Provocation à la prostitution réprimée à l'article 225-5 du Code Pénal.

¹⁵⁹ Provocation à la mendicité réprimée à l'article 225-12-5 du Code Pénal.

¹⁶⁰ S. Martin-Valente, op. cit.

B) *L'hétérogénéité des valeurs protégées par la répression de la provocation*

95. A l'origine, l'ajout d'infractions autonomes de provocation au sein des différents codes, et notamment, du Code Pénal, visait avant tout à éviter que des actes portant atteinte à des valeurs considérées comme fondamentales, restent impunis. Mais aujourd'hui, il faut constater que la répression n'est plus axée sur la répression de quelques principes limités, mais est étendue à toutes les valeurs possibles. Ce phénomène est d'autant plus accentué en raison d'une adoption de textes législatifs au gré des faits divers.

96. Les valeurs atteintes par la provocation sont de plus en plus éparses et entendues de manière extensive. Comme a pu le souligner Mme Martin-Valente, « l'évolution du droit reflète la hiérarchie des valeurs que se donne une société, à un moment donné, comme le montre la place grandissante accordée à la provocation au sein des crimes et délits contre les personnes dans le Code Pénal (le nouveau Code Pénal, en multipliant les infractions de provocation visant à protéger les personnes, a modifié la hiérarchie des valeurs sociales telle qu'elle se dégageait de l'ancien code principalement fondé sur la sûreté de l'Etat) »¹⁶¹.

Aujourd'hui, la répression de la provocation vise davantage à protéger l'individu. Mais cette catégorie des « personnes » est suffisamment large pour y intégrer différentes valeurs à protéger. Il y a, dans un premier temps, toutes les provocations qui mettent en péril l'intégrité physique ou psychique des mineurs. Cette catégorie comprend la provocation d'un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants¹⁶² ; à transporter, détenir, offrir, ou céder des stupéfiants¹⁶³ ; à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques¹⁶⁴ ; à la commission d'un crime ou d'un délit¹⁶⁵. Il y a également, toujours dans le but de protéger les mineurs, la répression des provocations qui mettent en péril leur moralité¹⁶⁶ comme avec par exemple, l'article 227-22 du Code Pénal.

97. Mais il arrive que la répression de certaines infractions de provocation protège à la fois plusieurs valeurs. C'est par exemple le cas de l'article 227-22 du Code Pénal qui réprime la corruption du mineur. Comme il a été vu précédemment, cet article vise à protéger les mineurs, mais également, la pudeur. Mais la « dissémination des incriminations de la

¹⁶¹ S. Martin-Valente, op. cit.

¹⁶² Article 227-18 du Code Pénal.

¹⁶³ Article 227-18-1 du Code Pénal.

¹⁶⁴ Article 227-19 du Code Pénal.

¹⁶⁵ Article 227-21 du Code Pénal.

¹⁶⁶ S. Martin-Valente, op. cit.

provocation atteste l'absence de valeur unique défendue par cette réprobation. Tour à tour, la répression de la provocation défend la dignité¹⁶⁷; la vie¹⁶⁸; la personne humaine; la Nation¹⁶⁹; la loyauté¹⁷⁰, etc. »¹⁷¹.

Il faut noter à quel point la dissémination des valeurs est impressionnante. Il semble difficile, y compris pour la doctrine, d'essayer d'établir une classification cohérente de toutes ces infractions de provocation. Les critiques fusent en la matière, et, d'une manière globale sur les infractions de provocation, il y a un manque de clarté et de cohérence : « il n'y a pas de ligne directrice si bien que la politique criminelle, en ce domaine, paraît incohérente » a pu souligner M. Lassalle¹⁷². Il ajoute qu' « il est certain que notre législation répressive est loin d'assumer, en matière de provocation, sa fonction pédagogique ». On est loin ici des principes de clarté et d'intelligibilité de la loi posés notamment par le principe de la légalité pénale¹⁷³.

98. Comment une telle hétérogénéité a-t-elle pu se mettre en place ? Ce manque d'harmonisation croissant se justifie notamment par deux raisons principales : une incrimination au gré des faits divers, des événements traumatisants intervenus dans la société ; mais également par une absence de coordination des infractions autonomes de provocation dans leur ensemble. « Il semblerait que le législateur incrimine les actes de provocation au gré des besoins, aussi bien juridiques que politiques et médiatiques. Il résulte de cette pratique une absence de cohérence de répression des provocations (...). En outre, le choix d'incriminer la provocation de certains comportements en excluant les autres, sans tenir compte d'un éventuel degré de gravité peut susciter une certaine perplexité »¹⁷⁴.

99. Ainsi, tout d'abord, ce manque de clarté et la multiplicité des valeurs protégées par la répression de la provocation se justifie par l'adoption de textes d'incrimination au gré des faits divers. L'exemple le plus marquant a été le contexte dans lequel la répression de la provocation au suicide a été adoptée. Cette incrimination faite suite à la publication du livre « Suicide, Mode d'emploi ». « Cette publication, et ses suites, suscitèrent l'indignation de beaucoup. Elle fut à son comble lorsque fut connue la mort par absorption de substances

¹⁶⁷ Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, article 225-4-10 du Code Pénal.

¹⁶⁸ Provocation à l'empoisonnement, article 221-5-1 du Code Pénal ; provocation au suicide, article 223-13 du Code Pénal.

¹⁶⁹ Par exemple, l'article 411-11 du Code Pénal ; l'article 413-3 du Code Pénal ; l'article L.129 du code du service national.

¹⁷⁰ Article L.120-1 du Code de la route.

¹⁷¹ D. Portolano, op. cit., n°9.

¹⁷² J.-Y. Lassalle, op. cit., n°15.

¹⁷³ Sur la clarté, voir notamment : Conseil Constitutionnel, n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, cons. 9.

¹⁷⁴ D. Portolano, op. cit. n°9.

toxiques d'un jeune dépressif qui, après avoir lu « *Suicide mode d'emploi* », avait à deux reprises écrit à l'un des deux auteurs du livre pour lui demander, en lui faisant part de sa résolution de se donner la mort, des précisions sur les produits à utiliser. Le destinataire de ces lettres y répondit ; non seulement il ne tenta rien pour dissuader son correspondant de donner suite à son projet, mais au contraire lui indiqua quelles étaient les doses mortelles et les conditions d'absorption du médicament préconisé. Le père du jeune homme se constitua partie civile pour défaut d'assistance à personne en péril et homicide involontaire. Cette dernière incrimination ayant été écartée par l'ordonnance de renvoi, le prévenu (celui des auteurs qui avait répondu aux lettres) fut déclaré coupable du délit prévu par l'article 63, alinéa 2, du Code pénal alors en vigueur et condamné de ce chef »¹⁷⁵.

100. Mais ce n'est pas la seule hypothèse : plus récemment, il y a eu le projet de loi en 2008 sur la provocation à la recherche de la maigreur excessive¹⁷⁶, projet de loi qui n'a finalement pas abouti. Egalement, suite à l'affaire Mohamed Merah dans laquelle M. Merah perpétra des tueries à Toulouse et à Montauban au cours du mois de mars 2012. Avant de passer à l'acte, l'auteur des faits s'était rendu dans des camps d'entraînement au Pakistan et en Afghanistan dès 2010. A la suite de ces faits, le législateur a adopté l'article 421-2-4 du Code Pénal qui dispose que « le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 est puni, même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende »¹⁷⁷.

Les parlementaires ne cachent pas dans leurs débats que ces incriminations sont conçues en réaction aux faits divers¹⁷⁸. Il est vrai qu'entre agir au gré des faits divers, immédiatement, sans prendre suffisamment de recul, dans une politique où un fait divers correspond à une loi,

¹⁷⁵ H. Angevin, op. cit. n° 7.

¹⁷⁶ Proposition de loi présentée par Mme V. Boyer, le 3 avril 2008 à l'Assemblée Nationale préconisant la création d'un article 223-14-1 dans le Code Pénal qui prévoyait que « le fait de provoquer une personne à rechercher une maigreur excessive en encourageant des restrictions alimentaires prolongées ayant pour effet de l'exposer à un danger de mort ou de compromettre directement sa santé est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsque cette recherche de maigreur excessive a provoqué la mort de la personne ». Projet intervenu après le renvoi, en Espagne, de mannequins considérés comme trop maigres ; développement des sites pro-ana.

¹⁷⁷ Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme.

¹⁷⁸ Cela ressort des commentaires réalisés par les journalistes : par exemple, « Députés et sénateurs ont réintroduit l'incrimination des actes de recrutement, même non suivis d'effet, que l'Assemblée avait supprimé. Un nouvel article a en outre été introduit par le gouvernement, créant les mentions "victime du terrorisme" et "mort pour le service de la Nation", visant notamment les victimes de Mohamed Merah et de l'attentat de Karachi », Le Monde, 12 décembre 2012.

est critiquable. Mais, en sens inverse, si un autre fait de ce type se voit reproduit, il y a un risque d'incompréhension générale et de se demander pourquoi n'a-t-on pas pris avant les mesures efficaces ?

101. Cette incrimination au gré des faits divers peut permettre d'expliquer ce manque de cohérence au niveau des valeurs protégées : par la nécessité d'une réponse immédiate, le législateur ne prend pas le temps d'analyser le droit existant et incrimine, de manière sectorielle, petit à petit, diverses provocations contre toutes les valeurs. Il n'y a plus réellement cette idée qu'il existerait des valeurs « prioritaires », qui nécessitent d'être protégées, et à ce titre, qu'elles soient érigées en infraction autonome de provocation.

Cette incrimination dans la rapidité ne permet pas de prendre suffisamment de recul sur ce qui est déjà existant, et l'on peut avoir la désagréable sensation que le législateur incrimine de manière totalement indépendante de ce qui a pu être fait jusqu'ici, et notamment sur la forme, ou encore, sur les peines encourues.

102. En conclusion de ce premier chapitre, il faut relever la dissémination qui règne au sein des infractions autonomes de provocation. Que ce soit sur la forme ou sur le fond, les infractions autonomes de provocation ne sont pas élaborées dans un esprit cohérent, et se distinguent presque chacune par leur indépendance les unes des autres en ce qu'elles ne sont pas construites de la même façon et répondent à des objectifs différents. Malgré tout, subsiste des interrogations : la répression de la provocation, bien qu'elle ne soit pas réalisée de manière uniforme, est-elle pour autant totalement disparate ? Peut-on dégager des éléments de convergence entre ces différentes infractions ? (Chapitre 2).

Chapitre 2 – Les éléments de convergence des infractions autonomes de provocation

103. Derrière cet ensemble de divergences constatées dans le premier chapitre, la répression de la provocation n'est toutefois pas totalement désarticulée. En effet, derrière l'apparence première des infractions autonomes de provocation, il faut constater que lorsque l'on étudie plus profondément ces infractions, des éléments de convergence peuvent être relevés. S'ils ne sont pas toujours flagrants, au fond, il y a une technique commune dans la répression de la provocation. Cette base est commune à l'ensemble des infractions autonomes de provocation et ne sont pas négligeables puisqu'elles fondent le sens même de la répression (Section 1). Grâce à ces éléments de convergence, se dégage l'idée d'un régime commun à toutes ces infractions pouvant mener à une éventuelle répression de la provocation, non pas en tant qu'infraction spéciale ou en acte de complicité, mais comme une incrimination générale du provocateur en ce qu'il représente : cette répression permettrait de couvrir d'une manière générale la culpabilité du provocateur, et non plus seulement par le biais d'incriminations sectorielles, au cas par cas (Section 2).

Section 1 : Des éléments communs aux infractions autonomes de provocation

104. Il y a donc des éléments communs dans la répression de l'ensemble des infractions autonomes de provocation. Bien que ces éléments n'apparaissent pas à première vue, c'est en étudiant de manière approfondie ces infractions autonomes de provocation, que l'on peut en dégager plusieurs critères communs. Il y a non seulement des éléments objectifs, se rapportant notamment à la technique d'incrimination qui peuvent être relevés dans toutes les infractions autonomes de provocation (Paragraphe 1) ; mais également des également subjectifs communs (Paragraphe 2).

§1 La technique d'incrimination : des éléments objectifs communs aux infractions autonomes de provocation

105. Considérer qu'il existe une technique d'incrimination commune à toutes les infractions autonomes de provocation permet de considérer qu'il y a des bases communes permettant de fonder la répression de la provocation de manière plus uniforme. Ces techniques communes d'incrimination permettent d'envisager que la répression de la provocation peut s'uniformiser sur la base de ces points : cela concerne dans un premier

temps le mode d'incrimination par le biais d'un texte autonome de l'incrimination à laquelle la provocation exhorte (A) ; et par le rôle certain et actif de ces infractions autonomes de provocation (B).

A) *Un mode d'incrimination commun*

106. Au-delà des divergences recensées jusqu'ici dans cette étude, il faut se concentrer désormais sur les éléments de convergence entre les infractions autonomes de provocation. Dans un premier temps, il est à constater que les infractions autonomes de provocation, qu'elles soient ou non suivies d'effet, à personne déterminée ou à personne indéterminée, se caractérisent par leur autonomie textuelle.

107. Généralement, les infractions de provocation sont contenues dans un texte autonome, « qui le plus souvent, côtoie l'incrimination du fait qui résulterait de ladite provocation »¹⁷⁹. Cette autonomie textuelle se justifie notamment par la volonté législative de consacrer une autonomie, une qualification particulière à ces incriminations. Et cette volonté se traduit également au stade des peines encourues qui seront différentes de celles encourues par le provoqué. Ainsi, par exemple, la personne qui produit ou fabrique illicitement des stupéfiants encourt, en vertu de l'article 222-35 du Code Pénal, une peine de 20 ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende. Alors que l'article précédent, l'article 222-34 du Code Pénal, réprime celui qui provoque à de tels actes. Les peines encourues par le provocateur sont largement supérieures à celles encourues par le provoqué : la réclusion criminelle à perpétuité et 7 500 000 euros d'amende.

108. Même si le texte d'incrimination de la provocation ne précède pas toujours le texte de l'incrimination à laquelle elle exhorte¹⁸⁰, néanmoins, toutes les infractions autonomes de provocation se caractérisent par leur indépendance eût égard à l'infraction pour laquelle la provocation est réalisée. Mais pour autant, il existe certaines infractions comme celles prévues aux articles 211-11 du Code Pénal ; 226-16 du Code Pénal ; 226-17 du Code Pénal ; ou encore 227-22 du Code Pénal, qui répriment au sein du même article celui qui commet et celui qui fait commettre une infraction. Cela induit-il par conséquent une nouvelle fois un

¹⁷⁹ F. Rousseau, op. cit., n°303.

¹⁸⁰ Par exemple, l'article 225-12-8 du Code Pénal qui réprime la provocation à la sauvette de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 euros ; le provoqué quant à lui, encourt les peines prévues à l'article 446-1 du Code Pénal, c'est-à-dire six mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende.

manque d'harmonie rédactionnelle opéré par le législateur ? En réalité, avant d'affirmer qu'il existe un manque d'harmonie rédactionnelle, il s'agit d'étudier ces infractions du « faire-faire » et de vérifier s'il s'agit réellement d'infraction de provocation.

Ces infractions regroupent, au sein d'un même article, la répression de l'auteur matériel (le provoqué) et la répression de l'auteur moral (le provocateur). Alors que, en droit commun, l'élément matériel et l'élément moral d'une infraction sont regroupés au sein d'une même personne, dans ces articles, un seul élément est attribué à un seul agent. Ainsi, par exemple, l'article 226-16 du Code Pénal dispose que « le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende ».

Ainsi, « en procédant de la sorte, le législateur semble manifester la moindre indépendance de l'auteur moral à l'égard de l'auteur matériel en ce qui concerne les infractions du « faire-faire », contrairement à celles de provocation »¹⁸¹. Comme il a été relevé précédemment, les infractions qui mêlent la répression de l'auteur matériel et de l'auteur moral, répriment de la même manière ces deux auteurs et sous la même qualification juridique. Pour autant, elles ne constituent pas de réelles infractions autonomes de provocation, mais des infractions qui sont dites du « faire-faire ».

109. En effet, contrairement aux infractions autonomes de provocation, les infractions du « faire-faire » ne sont pas indépendantes sur la forme et sur le fond. Tout d'abord, sur la forme puisque, textuellement, l'infraction du « faire-faire » est directement rattachée à l'infraction à laquelle elle fait procéder. Il n'y a pas cette consécration d'indépendance, d'autonomie, qui est réalisée dans les infractions autonomes de provocation, et qui était l'objectif même de telles incriminations. Ensuite, découlant de cette absence d'autonomie textuelle, il y a une absence d'autonomie de l'infraction du « faire-faire » dont la répression est systématiquement liée à la commission, ou, tout du moins, à une tentative de commission par l'auteur matériel de l'infraction en cause, et donc, à un minimum de matérialité.

Comme a pu l'affirmer M. Rousseau, il y a une « dépendance matérielle de l'auteur d'une infraction du « faire-faire » à l'égard de l'exécutant »¹⁸². Il y a cette idée que la répression de l'auteur moral reste subordonnée à la responsabilité de l'exécutant. Ce qui fait dire à cet auteur, l'affirmation suivante : « c'est dire qu'en érigeant l'instigation en délit distinct, le

¹⁸¹ F. Rousseau, op. cit., n°303.

¹⁸² Ibid n°316.

législateur ne signifie pas nécessairement que sa répression est dégagée de l'emprunt de criminalité »¹⁸³.

110. Cela se distingue des infractions autonomes de provocation qui peuvent, dans certaines hypothèses étudiées précédemment, être constituées indépendamment de tout résultat, de tout effet suite à la provocation. Ainsi, à la lecture de cette analyse, nous pouvons constater que les infractions autonomes de provocation se caractérisent notamment par leur autonomie textuelle de l'infraction provoquée. Cela permet de mettre en place une indépendance de l'infraction de provocation et d'en consacrer un régime autonome, et qui ne soit pas relié à la théorie de l'emprunt de criminalité.

En effet, que la provocation soit ou non suivie d'effet, que ce soit une provocation à un comportement incriminé ou non ; l'autonomie textuelle des infractions autonomes de provocation permet de se dégager de la théorie de l'emprunt de criminalité puisqu'elles sont – justement – autonomes des dispositions de droit commun, et notamment du régime particulier de l'article 121-7 du Code Pénal.

111. C'est pourquoi, à la lumière de cette confrontation entre les infractions du « faire-faire », et les infractions spécifiques de provocation, on peut effectivement constater que l'indépendance textuelle des infractions de provocation vis-à-vis des infractions pour lesquelles elles exhortent au passage à l'acte est un des éléments objectifs communs aux infractions de provocation. A contrario, lorsque les deux infractions sont consacrées au sein d'un même texte, cela relève une certaine dépendance entre les deux infractions : dépendance qui se confirme dans la pratique. Par voie de conséquence, ce type d'infraction ne peut être classé dans la catégorie des infractions autonomes de provocation de manière « pure ». Toutefois, l'autonomie textuelle des infractions de provocation de l'incrimination à laquelle elles exhortent n'est pas le seul point commun à ces infractions de provocation : il y a également un lien de causalité certain entre la provocation et cette incrimination ; mais aussi la nécessité d'une « activité » du provocateur, c'est-à-dire d'une commission, d'un acte positif de la part de ce provocateur (B).

¹⁸³ Ibid.

B) *Un rôle certain et actif des actes de provocations*

112. Nous avons pu relever en première partie que le législateur utilisait différents termes pour définir la provocation : inciter, provoquer, imposer... Il a été relevé que ces expressions, bien que synonymes, sont toutefois différentes lorsqu'elles sont analysées étymologiquement. Pour autant, il semble que, que ce soit du point de vue du législateur ou du point de vue de la jurisprudence, l'utilisation du terme « inciter » à la place du terme « provoquer », est réalisée de manière indifférente, Diane Portolano précisant qu'« en somme, le législateur, comme les auteurs et la jurisprudence, ne paraissent accorder qu'une importance ténue à la distinction de la provocation et de ces notions voisines, les appliquant indifféremment »¹⁸⁴. Mais en réalité, par l'exigence et la vérification de la présence d'adminicules, ou, tout du moins, d'un minimum de matérialité à l'action du provocateur, la jurisprudence exige par là un comportement d'influence du provocateur sur le provoqué, par delà la disparité terminologique des adminicules exigés.

113. Pour Fabrice Defferard, « la provocation est un agissement que le droit pénal incrimine aussi bien au titre de la complicité qu'en qualité d'infraction autonome, qu'elle soit matérielle ou formelle. Mais son mécanisme fondamental est toujours le même. Provoquer suppose qu'un fait générateur légalement prévu survienne, de telle façon que soit nécessairement institué un rapport causal avec un résultat nuisible »¹⁸⁵. Comme l'a souligné Fabrice Defferard, les infractions autonomes de provocation ont pour trait commun qu'elles exigent un lien de causalité certain entre l'acte de provocation et l'infraction commise par le provoqué (1). Mais, en observant davantage, il faut constater que la provocation, en toutes hypothèses, doit amener à la commission d'un acte positif par le provocateur, une abstention ne pouvant être constitutive de provocation (2).

1) *La certitude du potentiel causal des actes de provocation*

114. Un des critères de conjonction entre les différentes infractions autonomes de provocation est celui de la causalité entre l'acte de provocation et le résultat sur le provoqué. On parlera davantage de « potentiel causal » de la provocation d'une manière plus globale, notamment lorsque la provocation n'a pas été suivie d'effet, c'est-à-dire en cas de provocation

¹⁸⁴ D. Portolano, op. cit., n°4.

¹⁸⁵ F. Defferard, op. cit.

dite formelle. En effet, pour les provocations formelles, il n'est pas possible de dire qu'il existe un lien de causalité entre l'acte de provocation et le résultat de la provocation, puisque précisément, ces provocations se caractérisent par une absence d'effet matériel suite à la provocation (la provocation n'a été ni commise, ni tentée). Dans ces hypothèses, le législateur vise la répression d'un « procédé »¹⁸⁶, autrement dit, le « simple fait de provoquer ». Le potentiel causal de l'acte de provocation résidera en ce que l'acte de provocation ait eu « pour finalité de susciter un état d'esprit de nature à (...) »¹⁸⁷ tenter ou à commettre une action à l'encontre d'un intérêt protégé. « Comment concilier la nécessité d'un rapport de cause à effet et l'absence d'effet matériel issu du fait générateur de provocation ? Comme toute action humaine incriminable, la provocation crée *de plano* un péril qu'il est permis de pressentir, puis d'affirmer. Ce résultat n'est pas matériel, il est purement juridique. (...) Ce qui rendra punissable la provocation en l'occurrence, c'est son caractère prévisible d'après une succession très probable de circonstances »¹⁸⁸.

115. Qu'il s'agisse d'une provocation matérielle ou d'une provocation formelle, dans les deux hypothèses, le juge doit s'assurer de la certitude de la provocation, que le potentiel causal de l'acte de provocation soit certain. Sans cette certitude, la provocation ne pourra être réprimée. En réalité, si ce lien de causalité, ce potentiel causal de l'acte de provocation n'est pas présent, l'on sera dans l'idée qu'il n'y a pas cette force même de la provocation, et, par voie de conséquence, que la provocation n'existe pas. Par exemple, il a pu être considéré que « la désignation Opium, pour désigner un parfum, ne constituait pas le délit de provocation à l'usage de stupéfiants, faute de relation directe et nécessaire dans l'esprit du public entre cette dénomination et le produit concret qu'elle désigne »¹⁸⁹.

116. « Le lien causal s'offre et se présente comme un lien social unificateur de celui qui provoque et de son destinataire »¹⁹⁰. Comme le souligne cet auteur, « une provocation ne peut devenir punissable que si, de l'analyse de son contenu matériel, du contexte dans lequel elle est intervenue et des forces psychologiques qu'elle renferme, il est permis de conclure qu'elle a conduit ou aurait pu conduire, sous l'empire des meilleures probabilités, à une action illicite ou immorale. La provocation devra résulter d'une succession logique et approuvable d'un

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Voir notamment, Cass. Crim, 29 octobre 1936, Bull Crim n°104.

¹⁸⁸ F. Defferard, op. cit.

¹⁸⁹ Paris, 7 mai 1979, Annales, 1979, p.306. obs. A. Chavanne.

¹⁹⁰ F. Defferard, op. cit.

événement à l'autre que manifeste, de façon continue, la « propagation du mal depuis le fait imputé au défendeur jusqu'à l'atteinte »¹⁹¹ »¹⁹².

117. Toutefois, le potentiel causal de l'acte de provocation reste toujours une « vérité seulement probable ». (...) Cette certitude causale porte en l'occurrence sur l'aptitude objective du fait générateur à entraîner de façon nécessaire, une action ultérieure émanant de la personne provoquée. (...) Il suffit, compte tenu de la nature et de l'ampleur du fait générateur, d'être certain de sa valeur causale en direction d'autrui c'est-à-dire de son efficacité intrinsèque. C'est la seule façon d'admettre qu'un agissement n'ayant mené à rien puisse néanmoins être poursuivi sous les couleurs de la provocation »¹⁹³.

Ainsi, la détermination de la certitude causale d'une provocation se réalise, que la provocation soit matérielle (où il s'agit de se demander si « l'action illicite ou immorale aurait-elle eue lieu si son auteur n'avait pas été provoqué ? »¹⁹⁴) ; ou qu'elle soit formelle (« l'infraction formelle serait celle qui sanctionne un moyen, lequel a pour conséquence un résultat exclusivement juridique »¹⁹⁵).

Ce lien de causalité peut en revanche être plus difficile à démontrer dans le cas de provocations indirectes où le lien de causalité est plus « distendu », mais pour autant, toujours nécessaire pour admettre la provocation. En réalité, la provocation indirecte a pour élément déterminant le caractère intentionnel de l'acte, « l'apologiste ne désire pas nécessairement l'accomplissement de l'infraction vantée » : bien que l'apologiste n'ait pas nécessairement souhaité exhorter à de tels actes, un lien de causalité peut toutefois être relevé entre ses paroles et les actes commis. C'est une sorte de provocation par imprudence, en ce que l'apologiste n'a pas forcément voulu le résultat.

118. Les infractions autonomes de provocation ont ainsi pour trait commun qu'il soit nécessaire d'établir un lien de causalité entre la provocation et l'effet qu'elle peut avoir sur le provoqué, y compris dans l'hypothèse d'infractions autonomes de provocation formelles. De plus, il est important de relever que les infractions autonomes de provocation ont pour autre point commun d'exiger la commission d'un acte positif par le provocateur, une abstention de sa part ne pouvant permettre de caractériser l'infraction de provocation (2).

¹⁹¹ Aubry et Rau, Droit civil français, 7^e édition, tome 6 par A. Ponsard et N. Dejean de la Batié, Lib. Tech, 1975, §444 ter, n°388.

¹⁹² F. Defferard, op. cit.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ P Spiteri, *L'infraction formelle*, RSC 1996, p.497 et suivantes, cité par F. Defferard, op. cit.

2) La commission d'un acte positif par le provocateur

119. Selon Gérard Cornu¹⁹⁶, la provocation est « le fait causal et intentionnel de pousser autrui à commettre une infraction ». Mais à la lecture de l'étude jusqu'ici réalisée, il faudrait être plus précis en ajoutant qu'il s'agit de pousser autrui à un comportement immoral¹⁹⁷, et non pas seulement à une infraction.

120. Ainsi, « le fait causal de pousser autrui à ... », laisse supposer qu'une abstention ne peut être génératrice d'une provocation, et qu'il est nécessaire d'établir un acte positif de la part du provocateur. Une simple abstention de la part d'un individu ne pourra être considérée comme constitutive de provocation. Il paraît en effet inenvisageable qu'un individu, par sa passivité, puisse conduire à une provocation, telle qu'elle est entendue au sens juridique.

Si l'on admettait la provocation par abstention, il n'y aurait pas en réalité de provocation purement et simplement. En effet, cela insinuerait que l'idée de commettre tel ou tel acte reprochable dans l'esprit du « provoqué » ne serait pas incitée par le « provocateur » passif ; cette idée aurait germé à elle seule dans l'esprit du « provoqué ». Il y a là un risque d'une dérive incontrôlable qui germerait si l'on en venait à admettre que le comportement passif d'un individu puisse être générateur de provocation.

Montesquieu a pu affirmer qu'« il faut que la pensée soit jointe à quelque sorte d'action »¹⁹⁸ : cette pensée peut être reprise et appliquée en matière de provocation. En effet, la simple pensée criminelle de la part du provocateur doit nécessairement être extériorisée : cela nécessite des actes positifs, « ne serait-ce que par la parole ou l'écrit, en donnant des ordres ou des instructions, a nécessairement extériorisé et matérialisé sa pensée délictueuse »¹⁹⁹. C'est donc que si le provocateur a une idée criminelle, il doit au moins l'extérioriser – cela suppose donc des actes d'extériorisation, des actes positifs – pour pouvoir être punissable. Comme l'ont relevé Merle et Vitu²⁰⁰, il ne peut y avoir « d'infraction sans activité matérielle », ce qui induit « l'impunité de la criminalité intellectuelle », c'est-à-dire de la seule pensée criminelle non extériorisée.

¹⁹⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e édition, V^o Provocation.

¹⁹⁷ Voir par exemple article 223-13 du Code Pénal sur la provocation au suicide, la personne se suicidant ou ayant fait une tentative de suicide n'étant pas réprimée pénalement.

¹⁹⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XII, Chapitre XI « Des pensées », cité par S. Martin-Valente, op. cit.

¹⁹⁹ S. Martin Valente, op. cit..

²⁰⁰ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, Cujas, 7^e édition, n°550.

121. Au-delà des éléments objectifs communs aux infractions de provocation, il y a également des éléments subjectifs communs à ces infractions, et qui constituent le socle même de la qualification de l'infraction de provocation (Paragraphe 2).

§2 Des éléments subjectifs communs aux infractions de provocation

122. Les infractions de provocation ont des éléments subjectifs communs qui portent essentiellement sur la nécessité de la démonstration du caractère intentionnel de la provocation (A). Même si ce caractère peut légèrement être atténué dans certains types d'infractions comme l'apologie, celui-ci demeure néanmoins nécessaire pour permettre la qualification d'infraction de provocation. De même, les infractions autonomes de provocation se caractérisent en ce qu'il y a une interaction avec, au moins, un destinataire (B).

A) Le caractère intentionnel des infractions autonomes de provocation

123. L'article 121-3 du Code Pénal, en son premier alinéa précise qu' « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Comme a pu le noter M. Benillouche, « ce principe est intangible en matière criminelle, et fait l'objet des exceptions prévues par les alinéas 2 à 4 en matière délictuelle. Ces alinéas précisent que, lorsque la loi le prévoit, il peut exister des délits en cas de faute. Il existe donc des délits non intentionnels, mais à titre exceptionnel, et seulement lorsque la loi le prévoit de façon expresse. En conséquence, en l'absence de précision contraire, toutes les incriminations criminelles ou délictuelles sont intentionnelles »²⁰¹.

Le Conseil Constitutionnel considère la caractérisation de l'élément intentionnel comme primordiale. Pour les Sages, « il résulte de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en

²⁰¹ M. Benillouche, *La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction – Plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité*, RSC 2005, p.529 et s.

matière délictuelle, doit inclure outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »²⁰².

124. F. Defferard a défini la provocation comme « l'action intentionnelle par laquelle une personne, par tout moyen légalement admis, entend influencer la raison d'autrui en vue d'y établir les conditions les plus favorables à la commission d'un agissement attentatoire à une valeur protégée »²⁰³. A la lecture des différents textes réprimant la provocation à titre spécifique, il est à noter que, généralement, rien n'est précisé sur le caractère intentionnel de la provocation. Mais il ressort de l'analyse de l'article 121-3 du Code Pénal que, à défaut de disposition contraire, les infractions de provocation ont toutes pour point commun d'être intentionnelles. En effet, il s'agit du caractère délibéré, conscient et volontaire de transgresser une valeur protégée. Ce caractère intentionnel se retrouve non seulement du point de vue du provoqué, mais également du point de vue du provocateur.

125. Tout d'abord, du point de vue du provoqué, l'élément intentionnel se caractérise par le fait que le provoqué a conscience de commettre un acte constitutif d'une infraction, ou d'un agissement « attentatoire à une valeur protégée ». Même si l'atteinte est réalisée sous l'influence du provocateur, néanmoins, cela reste la conséquence d'un choix personnel et conscient.

Il y a différentes définitions qui sont octroyées à l'auteur médiateur²⁰⁴. Mais nous retiendrons la suivante : est auteur médiateur « celui qui détermine à commettre une infraction un exécutant qui ne peut pas en être responsable »²⁰⁵. C'est-à-dire que dans cette hypothèse, le « provoqué » - bien que le terme ne corresponde pas ici - n'a pas conscience que l'acte qu'il va commettre est répréhensible. C'est par exemple le cas d'une mère qui avait décidé de tuer son nourrisson. Elle avait préparé un breuvage qu'elle a ensuite remis à la nourrisse de son enfant, celle-ci

²⁰² Conseil Constitutionnel, 16 juin 1999, n°99-411, DC, loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.

²⁰³ F. Defferard, op. cit.

²⁰⁴ Voir par exemple, F. Rousseau, op. cit. n°296 : « Pour certains, l'auteur médiateur est celui qui, pouvant éviter la commission d'une infraction, la laisse commettre par un de ses subordonnés (J.-C Saint Pau, L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise, Gaz pal 2005, 1, p.134) ; il renverrait au mécanisme mis en œuvre par la jurisprudence permettant d'imputer au dirigeant une infraction commise par l'un de ses préposés. Cependant, il a été précédemment suggéré une nature participative de cette imputation de subordination. (...) En effet, une partie de la doctrine y voit une subdivision de l'auteur indirect au sens de l'article 121-3, al.4 du CP ; l'auteur médiateur serait celui qui ne prend pas les mesures permettant d'éviter un dommage – soit l'auteur d'une omission – contrairement à l'auteur indirect, au sens strict, qui crée une situation permettant la réalisation du dommage – soit l'auteur d'une action.

²⁰⁵ Rapport du VIIe Congrès international de droit pénal – Athènes, 26 septembre – 2 octobre 1957.

n'ayant pas connaissance du projet criminel de la mère²⁰⁶. Derrière cette notion, se cache l'idée d'une manipulation, d'une absence de conscience de l'individu utilisé sur les intentions dolosives de l'auteur médiat. Ainsi, bien que la notion d'auteur médiat se rapproche de celle de provocateur, il faut néanmoins relever que l'absence de conscience du « provoqué » sur les intentions de l'auteur médiat, le dédouanera de sa responsabilité. Or, il ne s'agit pas en réalité de provocation telle qu'elle est entendue de manière stricte : dans la provocation, il doit y avoir une conscience de la part du provoqué du caractère dolosif des intentions du provocateur. « A l'inverse de l'individu qui, soumis à une contrainte, exécute un délit ou un crime sans l'avoir voulu, le provoqué, bien souvent, fait sienne la résolution exprimée du provocateur, à laquelle il adhère avec plus ou moins d'enthousiasme, et au minimum pour le temps de l'acte attentatoire »²⁰⁷.

126. Ensuite, du point de vue du provocateur, il faut également que le provocateur ait l'intention de provoquer quelqu'un à la « commission d'un agissement attentatoire à une valeur protégée ». « Il doit s'agir d'une véritable provocation, c'est-à-dire d'une pression exercée en vue de la commission d'une infraction et non d'un simple mauvais conseil donné en l'air »²⁰⁸. Se pose ici toute la question de l'apologie, de la présentation sous un jour favorable d'une infraction, et donc, de caractériser s'il s'agit ou non de provocation. En effet, sur ce type d'infraction, le caractère intentionnel de l'apologiste au passage à l'acte est plus difficile à admettre. La Cour de Cassation a déjà pu affirmer que l'apologie n'est pas synonyme de provocation directe²⁰⁹. « Autrement dit, l'apologie constitue une forme insidieuse de provocation, voire une exaltation pouvant inciter au passage à l'acte »²¹⁰. On pourrait donc penser que « l'apologiste ne désire pas nécessairement l'accomplissement de l'infraction vantée »²¹¹. Cela remet alors en cause l'exigence de l'élément intentionnel en matière de provocation.

Mais un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 28 avril 2009²¹² vient limiter cette appréciation car les juges se montrent plus exigeants sur les faits constitutifs d'apologie. Ainsi, « les propos incriminés [doivent] constituer une justification des crimes ». Dans l'affaire, les juges ont considéré que « les passages litigieux des propos incriminés

²⁰⁶ Cass. Crim 2 juillet 1886, Bull. Crim., n°238.

²⁰⁷ F. Defferard, op. cit.

²⁰⁸ Cass., Crim, 27 septembre 1994, Bull. Crim, n°302.

²⁰⁹ Cass, Crim. 7 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-026137.

²¹⁰ M. Véron, *Que faut-il entendre par « apologie »*, Revue Droit Pénal, septembre 2009, n°9 comm.104.

²¹¹ D. Portolano, op. cit., n°67.

²¹² Cass. Crim., 28 avril 2009, Bull. Crim. 2009, n°79.

relataient essentiellement l'opinion personnelle de leur auteur quant aux contrôles pouvant le concerner en tant qu'agriculteur et qu'ils n'étaient pas de nature à inciter à porter sur les crimes en cause – atteintes volontaires à la vie – un jugement favorable (...). Cette décision (...) limite le domaine de l'apologie à la sanction de propos excessifs frisant l'incitation insidieuse à la commission des crimes évoqués »²¹³.

A la lecture de cet arrêt, il peut être noté qu'il y a quand même une exigence assez importante de la part des juges que soit constatée une justification des crimes, et non une simple manifestation d'une opinion personnelle. Ici, est donc exigée une manifestation d'une volonté à la commission des crimes. C'est donc un pas certain vers l'intention, vers le caractère intentionnel de l'apologie. Il y a conscience de l'exhortation, mais en revanche, il n'est pas nécessaire que le provocateur ait voulu le résultat²¹⁴. Dans cette hypothèse, l'apologie pourrait être considérée comme une forme d'imprudence conscience si l'on opère un rattachement avec la loi Fauchon de 2000²¹⁵. On est dans une qualification de dol éventuel en matière d'apologie : « on se situe ici entre la simple inattention, puisque la conduite a été voulue, et l'intention, puisque le dommage n'a pas été désiré »²¹⁶.

127. Ainsi, il est nécessaire que le provocateur ait cette intention de provoquer à un « agissement attentatoire à une valeur protégée ». En revanche, il n'est pas exigé que le provocateur ait conscience du résultat. C'est notamment l'hypothèse des infractions autonomes de provocation qui n'ont pas besoin d'être suivies d'effet pour pouvoir être punissables : la seule intention de provoquer au passage à l'acte suffit. En effet, si l'on prend l'exemple de la théorie du mandat criminel, si l'on exigeait que le provocateur ait conscience du résultat pour que l'infraction soit constituée, c'est-à-dire que le provoqué assassine ou empoisonne la personne, et que, si, finalement, le provoqué ne commet pas l'assassinat ou l'empoisonnement ; alors, toute la théorie du mandat criminel pourrait tomber. C'est pourquoi, il faut bien relever qu'étant donné que la survenance du résultat relève de circonstances indépendantes de la volonté du provocateur, il n'est pas exigé que le provocateur ait conscience du résultat. L'intention est exigée sur la provocation en elle-même : avoir conscience que l'on provoque quelqu'un à quelque chose, mais il n'est pas nécessaire que l'intention soit caractérisée sur le résultat en lui-même (par exemple,

²¹³ M. Véron, op. cit.

²¹⁴ Toutefois la limite est très mince en raison que les juges exigent une véritable justification des crimes.

²¹⁵ Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

²¹⁶ P. Salvage, *La loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 – Retour vers l'imprudence pénale*, JCP G, 20 décembre 2000, n°51, I 281.

l'apologie qui amène à l'accomplissement des actes exhortés ; et inversement, la provocation à l'assassinat non suivie d'effet alors que le provocateur souhaitait que la provocation soit suivie d'effet : dans ces hypothèses, la provocation reste punissable)

En effet, il pourrait paraître dangereux que des actes constitutifs de provocation ne soient pas punissables en raison seulement du fait que le résultat survenu (ou l'absence de résultat) ne correspond à la conception du résultat que s'en était faite le provocateur.

128. Il peut être relevé que, dans toutes les infractions autonomes de provocation, le provocateur interagit avec au moins un destinataire. Il n'existe pas de répression d'une provocation qui soit faite à soi-même. Dès lors où la provocation doit être adressée au moins à un destinataire, elle peut être également adressée à un nombre infini de personnes, ceci étant d'autant plus facilité aujourd'hui grâce aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (B).

B) L'interaction de la volonté du provocateur avec au moins un destinataire

129. Qu'elle soit dirigée à personne déterminée ou à personne indéterminée, la provocation s'adresse toujours à au moins un destinataire. La provocation se caractérise par un échange entre la volonté du provocateur et la capacité d'écoute du provoqué. En effet, même s'il y est très fortement poussé, le provoqué garde sa conscience : il a conscience du caractère préjudiciable de la provocation. Il semble qu'il ne soit pas possible d'envisager une provocation qui serait faite à soi-même. Une provocation est toujours destinée à être réalisée ne serait-ce qu'envers une seule personne, et donc, a fortiori, à un public plus large, notamment grâce à l'évolution actuelle des nouvelles technologies.

130. Toutefois, il s'agit de se demander si la provocation doit nécessairement interagir avec une volonté, c'est-à-dire interagir avec une certaine lucidité de la part du provoqué. Comme nous avons pu le voir précédemment, n'est pas qualifié de provocateur mais d'auteur médiat celui qui « utilise un tiers intermédiaire qui réalise matériellement l'infraction »²¹⁷. « L'auteur médiat va spéculer sur l'ignorance de l'intermédiaire »²¹⁸. « L'auteur médiat, dont

²¹⁷ J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 17^e édition, p.417 et suivantes.

²¹⁸ Ibid.

la volonté est orientée selon son propre plan délictueux, contrôle et dirige le comportement de la personne utilisée pour commettre l'infraction, instaurant un rapport hiérarchique »²¹⁹.

131. Il semble ainsi que pour qu'il y ait provocation, il faut interaction avec une volonté consciente. La provocation d'un malade mental paraît difficilement envisageable. Il reste que la provocation se caractérise par « l'initiation de la volonté d'autrui »²²⁰. Toutefois, cette provocation n'est pas nécessairement opérée immédiatement, de personne à personne, il peut y avoir des intermédiaires (personne ou interface médiatique). Pour autant, même dans ces hypothèses, la provocation reste adressée à d'autres destinataires.

132. La provocation, c'est aussi l'idée d'une « relation contraignante »²²¹ entre le provocateur et le ou les provoqué(s). Pour autant, le provoqué reste libre de sa volonté, « l'action qu'il accomplit est toujours le résultat d'une détermination personnelle et consciente » mais, « quelles que soient les motivations de l'individu provoqué, elles ne représenteront jamais davantage qu'une surimpression de celles qui, au préalable, auront déterminé le provocateur ». Certains auteurs considèrent que le provocateur est « souvent emprunt soit d'une certaine lâcheté (l'instigateur est alors non seulement assez dangereux pour mettre à exécution son projet mais, de plus, est assez fourbe pour agir par l'intermédiaire d'un tiers), soit d'une volonté de dissimulation de son action, soit encore d'une volonté d'agir massivement, irréalisable dans le cadre d'une entreprise unipersonnelle (l'instigateur se réserve alors le rôle de coordinateur), voire des trois à la fois, ce qui est chose fréquente »²²².

133. Il y a donc une forme d'interdépendance entre le provocateur et le provoqué : le provocateur ne peut pas agir sans le provoqué. Et, inversement, le provoqué ne peut pas agir sans provocation de la part du provocateur pour être constitutif de provocation. En effet, s'agissant du provoqué, il faut relever que l'on peut « présumer que son comportement n'aurait jamais dépassé le stade de l'intention non extériorisée »²²³. L'interdépendance entre le provocateur et le provoqué est caractérisée, l'un ne pouvant agir sans l'autre pour que puisse être caractérisée la provocation (bien évidemment, ces comportements peuvent être constitutifs d'autres infractions répréhensibles sur un autre terrain).

²¹⁹ J. Hurtado Pozo, *Droit Suisse*, cité par J. Pradel, *Droit pénal comparé*, op. cit. n°124.

²²⁰ F. Rousseau, op. cit. n°210.

²²¹ F. Defferard, op. cit.

²²² J. Biguenet, op. cit., n°12

²²³ *Ibid*, n°10.

134. Pour autant, sur la base de ce constat, il faudrait en déduire que le provocateur « apparaît dans ces conditions comme celui qui fournit un mobile pour pousser à commettre une infraction ; le provoqué étant alors celui qui a agi sous l'influence de ce mobile. Selon cette approche, on pourrait penser que si le provocateur a toujours l'initiative de l'action, le provoqué, en revanche, ne ferait que se conformer à ce que lui aurait été dicté par le provocateur »²²⁴. Or, il ne faut pas trop rapidement se limiter à cette conception. Comme l'a relevé Mme Martin-Valente, « la provocation qui a seulement pour effet de créer un état de volonté atténuée. L'attitude tentatrice du provocateur n'est pas persuasive au point de faire disparaître les facultés de libre et complète détermination. » En effet, il est à noter que le provoqué est lucide sur les actes qu'il va commettre même si sa volonté a été initiée ou encouragée par le provocateur. « L'influence qu'elle exerce n'équivaut pas à une contrainte irrésistible. Tandis que seule cette dernière annihile la liberté de penser et d'agir, la provocation ne fait en principe qu'altérer la volonté d'autrui, elle ne la fait pas disparaître »²²⁵.

135. L'ensemble des infractions autonomes de provocation ont des éléments de base qui leur sont communs. Dès lors, il s'agit de s'interroger et de se demander si, à partir de ce socle, il serait possible d'envisager une incrimination générale de la provocation en unifiant, bien évidemment, le régime actuel de répression de la provocation dans ses divergences les plus importantes (Section 2).

Section 2 : De l'unification des infractions de provocation à l'incrimination générale de la provocation ?

136. Après avoir démontré qu'il existe en France des éléments objectifs et subjectifs communs dans la répression de la provocation par le biais d'infractions autonomes, il s'agit désormais de s'interroger sur un possible dépassement des divergences qui ont pu être soulignées dans le premier chapitre. En effet, certaines divergences relevées peuvent être en réalité dépassées (Paragraphe 1). Dès lors, sur la base de ces éléments de convergence, il s'agit d'envisager la consécration d'une incrimination générale de provocation en droit français, et d'observer si elle n'engendrerait pas de bouleversements trop importants par rapport au régime actuel de répression de la provocation (Paragraphe 2).

²²⁴ S. Martin-Valente, op. cit.

²²⁵ Ibid.

§1 Des convergences sous-jacentes aux infractions autonomes de provocation

137. Par l'hétérogénéité actuelle du système de répression de la provocation, il est difficile d'envisager un régime commun à ces infractions. Toutefois, après avoir mis en évidence qu'il existe des éléments objectifs et subjectifs communs aux infractions autonomes de provocation, il faut relever les « erreurs » du législateur que l'on a pu soulever tout au long de cette étude quant à la répression de la provocation. En effet, l'un des principaux points qui explique l'absence de cohérence de la répression de la provocation est la tendance à une prolifération législative sans tenir compte des acquis précédents. Il paraît alors nécessaire de réduire le champ d'intervention des infractions autonomes de provocation en limitant à ce qui est nécessaire afin d'éviter les recoupements et conflits de qualifications (A). De plus, afin de recentrer la répression de la provocation sur ce qui est fondamental, il apparaît important de limiter la prolifération législative des infractions autonomes de provocation qui se développe depuis plusieurs années (B).

A) La nécessité de réduire le champ d'intervention des infractions autonomes de provocation

138. Pour recentrer la répression de la provocation, il apparaît important de revenir sur les infractions de provocation qui peuvent entraîner des conflits de qualification. Dès lors, il s'agit de remettre en cause l'utilité des infractions à caractère public (1), mais également les infractions autonomes de provocation qui sont suivies d'effet (2).

1) La remise en cause des infractions à caractère public

139. Il s'agit de s'interroger sur la question de savoir s'il est possible de regrouper certaines infractions au sein d'une seule, plus générale. En effet, il faut constater que face à la multiplicité des infractions autonomes de provocation, il y a de nombreux recoupements entraînant des conflits de qualifications. Ne pourrait-on pas, alors, afin d'éviter l'absence d'homogénéité qui a été relevée dans la première partie de cette étude, faire en sorte que la répression de la provocation soit opérée de façon plus uniforme ?

140. Il faut revenir sur l'utilité des provocations à caractère public qui sont prévues par les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881. Sont-elles réellement utiles ? Tout d'abord, à la lecture de l'article 23 de cette loi, ce texte réprime la provocation – au titre de la complicité – par un moyen d'expression publique, à la commission d'un crime ou d'un délit. Il faut alors s'interroger sur l'utilité de cette infraction par rapport à l'article 121-7 du Code Pénal. En effet, ce dernier article est plus large puisqu'il admet la provocation à toute infraction, y compris aux contraventions. Pourquoi alors créer une infraction spécifique alors que l'article 121-7 du Code Pénal existe déjà ? Certains auteurs comme M. Rousseau relève que « l'article 23 semble cette fois plus large que la complicité lorsque l'on examine la matérialisation de la provocation »²²⁶.

En effet, dans l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, il n'y a pas de référence à des adminicules comme au sein de l'article 121-7 du Code Pénal. L'article 23 énumère différents modes d'expression publique par lesquels la provocation doit être exprimée pour pouvoir être punissable. Ainsi, « le délit de presse, incriminé à l'article 23, peut, en revanche, se contenter d'une provocation générale et impersonnelle ». Il semble qu'alors, il sera plus facile de caractériser la provocation au titre de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 qu'au titre de l'article 121-7 du Code Pénal.

141. En second lieu, l'article 24 de cette même loi réprime les provocations exprimées par des moyens publics mais qui n'ont pas été suivies d'effet. Il faut noter ici l'importance de cette infraction face à l'article 121-7 du Code Pénal qui ne réprime que les provocations qui ont été suivies d'effet. Mais en revanche, il faut se demander s'il n'existe pas des conflits de qualifications entre l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 et les provocations autonomes formelles prévues par le Code Pénal. Si l'on reprend l'étude qui en a été faite par M. Rousseau, il faut en retenir l'utilité de l'article 24 de la loi de 1881 puisque, soit il n'y a pas d'infraction correspondante prévue à titre spécifique par le Code Pénal (atteintes aux particuliers, atteinte aux biens, acte de terrorisme ou de discrimination) ; soit l'article 24 est plus large. Il faut donc en conclure que la spécificité des articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 est justifiée et permet une répression plus facile des provocations proférées publiquement.

²²⁶ F. Rousseau, *L'utilité des infractions de presse incriminées par la loi du 29 juillet 1881*, contribution au Colloque « Droit pénal et droit de la presse : faut-il maintenir les spécificités de la loi du 29 juillet 1881 ? », in les Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux : Cujas, 2011, vol. n° 1, p. 121.

142. Néanmoins, bien qu'il ne paraisse pas envisageable de supprimer les textes qui répriment les infractions de provocation réalisées de manière publique (prévues aux articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881), le problème est que certaines infractions autonomes de provocation intègrent la publicité de la provocation dans leur champ, alors que l'on ne se situe pas dans la loi du 29 juillet 1881. C'est par exemple le cas de l'article 431-6 du Code Pénal qui réprime « la provocation directe à un attroupement armé, manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image » ; ou encore, l'article 433-10 du Code Pénal²²⁷.

Il est regrettable que ces dispositions n'aient pas été rajoutées à la loi de 1881 puisqu'elles sont construites sur le même modèle. Il y a là une absence de cohérence qui aurait pu être évitée. Ainsi, c'est sur ce dernier point qu'il conviendrait d'harmoniser la législation pour éviter que ne se multiplient des infractions autonomes de provocation publique, indépendamment de la loi de 1881 – et ce, d'autant plus qu'elles sont rédigées de la même manière – sans pour autant que l'on ne supprime la catégorie des infractions de provocations publiques dont la nécessité a été démontrée.

143. Les infractions de provocation à caractère public prévues par les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 méritent de conserver leur place dans la répression de la provocation, et ce, d'autant plus de part l'évolution des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Supprimer ces infractions de provocation serait une erreur, et ce, d'autant plus qu'il y a peu de risque de conflits de qualifications avec d'autres infractions, contrairement aux infractions de provocation qui sont suivies d'effet (2).

2) La remise en cause des infractions de provocation suivies d'effet

144. Pourquoi remettre en cause les infractions autonomes de provocation suivies d'effet ? Ici, nous sommes toujours dans une perspective de limitation du champ d'intervention des infractions autonomes de provocation. Or, comme nous avons pu l'étudier précédemment, il y a des conflits de qualifications entre l'article 121-7 du Code Pénal et des articles réprimant la provocation suivie d'effet de manière autonome. De plus, les juges auraient tendance à

²²⁷ Article 433-10 du Code Pénal : « La provocation directe à la rébellion, manifestée soit par des cris ou des discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image, est punie de deux mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».

préférer la plus haute qualification pénale, et donc, généralement, à préférer l'application de l'article 121-7 du Code Pénal que l'incrimination spécifique²²⁸.

145. La nécessité des infractions autonomes de provocation non suivies d'effet ne semble pas pouvoir être remise en cause puisqu'il n'y aura pas de conflits de qualification avec l'article 121-7 du Code Pénal – qui ne réprime que les provocations suivies d'effet – ou avec l'article 24 de la loi de 1881 – où il n'y a pas de recoupement avec les infractions autonomes de provocation formelles. Il semble important que les provocations non suivies d'effet soient conservées afin de permettre une répression en amont ; et surtout, une répression qui ne soit pas dépendante de la volonté du provoqué d'agir ou non (puisque alors, pour réprimer le provocateur, il serait « presque » plus intéressant que le provoqué passe à l'acte, avec toutes les conséquences qui s'en suivent). Comme a pu le relever M. Biguenet, « il conviendrait de continuer à les [les actes d'instigation accomplis sans effet néfaste pour l'ordre public] incriminer de façon spécifique et seulement lorsque cela est strictement nécessaire à la protection de l'ordre public, c'est-à-dire lorsque, comme en matière de terrorisme²²⁹ ou de trafic de stupéfiants, ne pas interrompre la préparation de l'infraction fait courir le risque d'une atteinte très grave et irréparable à des intérêts sociaux hautement protégés telles que la vie ou la santé publique »²³⁰. Il paraît donc nécessaire de conserver les infractions autonomes de provocation formelles.

146. Mais en revanche, la nécessité des infractions autonomes de provocation suivies d'effet peut en revanche quant à elle être remise en cause vis-à-vis de l'application de l'article 121-7 du Code Pénal, sauf pour quelques exceptions limitées au nombre de deux. Tout d'abord, lorsque la provocation à titre spécifique est punie plus sévèrement que si elle était réprimée au titre de la complicité. Ensuite, l'hypothèse où la provocation suivie d'effet pourrait être sauvegardée pour les provocations à des actes attentatoires à une valeur protégée, mais qui, pour autant, ne sont pas illicites. C'est le cas, par exemple, de la provocation au suicide dont l'utilité ne peut être contestée au regard de sa dangerosité. Toutefois, l'utilité de cette incrimination devra être effectivement démontrée pour éviter la prolifération de ce type d'incrimination²³¹. Le problème est que « le nouveau Code Pénal va plus loin dans la

²²⁸ La répression est généralement plus élevée par le biais de l'article 121-7 du Code Pénal que par le biais des infractions autonomes de provocation.

²²⁹ Article 450-1 du Code Pénal incriminant l'association de malfaiteurs.

²³⁰ J. Biguenet, *op. cit.*, n°41.

²³¹ Par exemple, récemment, proposition de loi visant à réprimer la provocation à la maigreur excessive.

répression en multipliant, sous la pression des impératifs de sécurité et de défense de l'ordre public, les incriminations de provocation autonomes. Ces infractions, compte tenu de leur prolifération, ne sont plus présentées comme des exceptions fragmentaires au principe général de l'instigateur complice mais comme « l'illustration d'une modernité nécessaire et recherchée au regard de la prévention de l'insécurité, au regard de l'efficacité de la politique criminelle »²³². En s'attachant uniquement à l'existence du comportement dangereux du provocateur, ces infractions visent clairement à faire prévaloir la prévention sur la répression »²³³.

147. C'est-à-dire qu'il faudrait limiter les hypothèses de répression de la provocation suivie d'effet aux cas les plus importants (provocations licites) et qui ne peuvent être réprimées sur le terrain de la provocation en tant qu'acte de complicité. En effet, c'est sur le terrain de la complicité qu'il semble aujourd'hui devoir se reporter, afin de recadrer le champ d'intervention du juge et du législateur en matière de provocation. Et ce, d'autant plus que l'exigence d'adminicules dans les infractions autonomes de provocation est relativement proche des adminicules exigés au titre de l'article 121-7 du Code Pénal.

148. La nécessité d'harmonisation des infractions de provocation – à défaut d'incrimination générale du provocateur – paraît comme protectrice des libertés selon M. Biguenet : « ne vaut-il pas mieux, en effet, qu'un texte pose le principe général d'une interdiction de provoquer autrui, directement ou non, à l'accomplissement d'actes criminels, plutôt que de laisser ce soin à quelques dispositions spéciales constituant un ensemble de règles restreint, méconnu, et donnant de par son existence même un caractère incertain à la répression des actes d'instigation ? »²³⁴.

149. Recentrer le champ d'intervention de la répression de la provocation est un premier pas permettant une harmonisation de la répression, pouvant permettre d'envisager la consécration d'une infraction générale de provocation. Toutefois, un autre élément important qui permettrait de dégager davantage de convergence et d'harmonisation dans la répression de la provocation concerne la limitation nécessaire de la prolifération législative en matière de provocation (B).

²³² C. Lazerges, *La participation criminelle, réflexions sur le nouveau code pénal*, Pedone, 1995, p.22 – cité par S. Martin-Valente, op. cit.

²³³ S. Martin-Valente, op. cit.,

²³⁴ J. Biguenet, op. cit., n°30.

B) La nécessité d'une limitation à la prolifération législative en matière de provocation

150. Comme nous avons pu le voir au point précédent, il est nécessaire que le champ d'intervention des infractions autonomes de provocation soit recadré. Ce recadrage passe, en amont, par une limitation des textes autonomes de provocation adoptés par le législateur. Cette limitation passe par une réduction des textes adoptés au titre de la provocation en tant qu'infraction autonome. Ou, si ces textes sont adoptés, de s'inspirer de l'existant en la matière, et donc, surtout, d'adapter et d'adopter une terminologie commune à toutes les infractions autonomes de provocation.

151. Concernant la limitation à la prolifération législative en matière de provocation, celle-ci se justifie essentiellement en raison que, en l'absence de texte, le juge essaie de trouver des solutions palliatives. Pour preuve, il faut relater le contexte dans lequel l'article 221-5-1 du Code Pénal incriminant le « mandat criminel » a été adopté.

Dans deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 25 octobre 1962, l'arrêt Schieb et l'arrêt Lacour, la chambre criminelle avait rendu des non-lieux. Elle a pu préciser que « (...) si ces mêmes actes pouvaient être qualifiés d'actes de complicité soit par provocation, soit par instructions données, ils ne sauraient tomber sous le coup de la loi pénale en l'absence de fait principal punissable ; (...) il en est de même en ce qui concerne la provocation non suivie d'effet, lorsque cette provocation n'est pas prévue et réprimée par un texte formel ». La chambre criminelle renvoi ici l'impunité des auteurs de ces contrats d'assassinat au laxisme du législateur : « la chambre criminelle précisait implicitement que la répression aurait pu intervenir si un texte particulier avait incriminé un tel comportement »²³⁵. Finalement, c'est par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 que fut institué un nouvel article 221-5-1 du Code Pénal disposant que « le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un assassinat ou un emprisonnement est puni, lorsque ce crime n'a pas été commis ni tenté, de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros ».

²³⁵ A. Ponselle, *L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code Pénal issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004*, Revue Droit Pénal n°9, Septembre 2004, étude 10, n°14.

152. Toutefois, entre les arrêts Schieb et Lacour de 1962 et la loi de 2004, 42 ans se sont écoulés. Les juges ont profité de ce temps pour punir les auteurs de mandats criminels par le biais d'une autre infraction : l'association de malfaiteurs.

Comme a pu le relever M. Delmas Saint-Hilaire²³⁶, c'est « au terme des réformes successives [qu']une évolution claire apparaît : l'association de malfaiteurs que vise aujourd'hui la loi n'exige plus cette organisation nombreuse, structurée, installée dans le temps dont parlaient les anciens textes ». Ainsi, dès 1981, avec la loi du 2 février²³⁷, le nombre de participants n'importait plus²³⁸, « l'association supposant au moins la participation de deux individus, et l'entente peut porter sur un seul crime ou un seul délit »²³⁹. La première consécration fut réalisée en 1996²⁴⁰.

Pour M. Delmas Saint-Hilaire, « constitue, sinon l'association de malfaiteurs, du moins l'entente punissable visée par la loi, la simple concertation de deux personnes en vue de réaliser une infraction d'une certaine gravité (crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement) dès lors que des faits matériels (remise d'argent, d'une arme, désignation de la victime, de son emploi du temps...) permettant d'en révéler la préparation, même si aucun commencement d'exécution proprement dit ne se rencontre (de simples actes préparatoires suffisent ici, contrairement aux exigences de la loi concernant la tentative punissable)²⁴¹ »²⁴².

C'est pourquoi, Anne Ponseille a pu considérer que l'introduction de l'article 221-5-1 au sein du Code Pénal était inutile. « Cette nouvelle infraction est d'autant plus inutile que le quantum des peines prévu est le même que celui prévu pour sanctionner le délit de l'article 450-1 du Code Pénal en ce qui concerne la préparation d'un ou plusieurs crimes. En outre, les dispositions de cet article trouveront encore à s'appliquer en certaines circonstances »²⁴³. En effet, Anne Ponseille termine sa réflexion en relevant que le champ d'application de cet article 221-5-1 du Code Pénal est limité à la provocation non suivie d'effet à commettre un assassinat ou à empoisonner un individu alors que l'article 450-1 du Code Pénal concerne les

²³⁶ J.-P. Delmas Saint-Hilaire, *Le délit d'association de malfaiteurs (art. 450-1 C. pén.) : la découverte bien tardive d'une qualification permettant de sanctionner pénalement des comportements jusqu'ici non punissables au titre de la tentative, de la complicité ou de la provocation non suivie d'effets (Crim., 30 avril 1996, aff. Delaplace, Bull. crim., n° 176)*, RSC 1997, p.113.

²³⁷ Loi n°81-82 du 2 février 1982.

²³⁸ Contrairement à avant où il y avait la nécessité d'un nombre suffisant de participants et au caractère hiérarchisé de l'organisation.

²³⁹ A. Ponseille, op. cit., n°33.

²⁴⁰ Cass. Crim, 30 avril 1996, Bull. Crim. 1996, n° 176.

²⁴¹ Cass. Crim 29 décembre 1970, *JCP* 1970.II.16770, note P. Bouzat.

²⁴² J.-P. Delmas Saint-Hilaire, op. cit.

²⁴³ A. Ponseille, op. cit., n°34.

crimes, de manière générale²⁴⁴. La volonté du législateur de ne pas créer une notion autonome d'instigateur, notamment lorsque la provocation n'est pas suivie d'effet, peut ainsi être en partie palliée par l'article 450-1 du Code Pénal.

153. Cette étude montre en réalité que bien qu'un rapporteur de la loi du 9 mars 2004 ait affirmé que l'introduction de l'article 221-5-1 au sein du Code Pénal comblait une lacune du droit pénal²⁴⁵, pour autant, ce nouvel article s'avère inutile. Il semblait effectivement intéressant de créer une incrimination spécifique de la théorie du mandat criminel afin d'identifier précisément ces provocateurs. Mais néanmoins, la consécration législative va en deçà de ce qu'avait pu faire entre-temps le juge sur le terrain de l'association de malfaiteurs. C'est un exemple démontrant la nécessité de limiter la prolifération législative en matière d'infractions autonomes de provocation afin de permettre une homogénéité de la répression en cette matière. En effet, bien que la volonté du législateur en ce qui concerne la théorie du mandat criminel se voulait bienfaisante, il aurait dû tenir compte des pratiques jurisprudentielles qui avaient été réalisées en cours de temps.

154. La pratique jurisprudentielle est en effet importante puisqu'elle permet de tenter d'harmoniser la répression de la provocation que ce soit sur la forme, ou sur le fond. Il paraît donc nécessaire que le législateur tienne compte de ces avancées jurisprudentielles avant de créer de nouvelles infractions autonomes de provocation, et ce, d'autant plus que les nouvelles incriminations ne couvrent pas nécessairement tout le champ d'intervention contrairement à la pratique jurisprudentielle. Si ces efforts étaient réalisés dans la répression de la provocation, ce serait un premier pas non négligeable pouvant permettre d'envisager la création d'une incrimination générale de provocation (Paragraphe 2).

²⁴⁴ Article 450-1 du Code Pénal : « Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

²⁴⁵ J.-P. Delmas Saint-Hilaire dit qu'il permet de combler une « lacune irritante » de notre législation pénale *in* J.-P. Delmas, Chronique de jurisprudence : RSC 1997, p. 116.

§2 Des éléments de convergence pouvant mener à une incrimination générale de la provocation

155. Après avoir mis en évidence les éléments de convergence existant en France, et les évolutions qui pourraient être apportées en matière de répression de la provocation, un des aboutissements de la répression serait la création d'une incrimination générale du provocateur, permettant une plus grande cohérence. Cette répression n'est pas absente lors que l'on étudie les systèmes répressifs étrangers (A). Toutefois, en France, il faut s'interroger sur la possibilité de mise en œuvre d'une telle incrimination, un premier essai ayant été tenté en 1986 mais qui n'a pas abouti, on peut s'interroger s'il existe d'importantes barrières à une incrimination générale de la provocation en France (B).

A) *L'existence d'incriminations générales de la provocation à l'étranger*

156. Afin de permettre une harmonisation de la répression française en matière de provocation, il faut relever que certains pays ont mis en place une répression spécifique contre le provocateur. Cela permet d'éviter les confusions et les conflits de qualifications que l'on trouve à l'heure actuelle en France. Avant d'envisager une répression pleine et autonome du provocateur, il faudrait peut-être envisager, comme en Côte d'Ivoire, de réprimer uniquement la « tentative de complicité », ou, plus précisément, la provocation qui n'a pas été suivie d'effet²⁴⁶. En effet, dans la partie spéciale de notre Code Pénal, on ne trouve que des infractions ponctuelles de provocation qui ne doivent pas avoir été suivies d'effet pour pouvoir être réprimées²⁴⁷.

157. Or, certaines législations - comme celle de Suisse - répriment la provocation non suivie d'effet sur le terrain de la tentative²⁴⁸ ; d'autres sur le terrain de la complicité²⁴⁹. Mais afin de consacrer une responsabilité pénale du provocateur en tant qu'auteur – pour souligner la place importante qu'il occupe dans le processus de décision – ne serait-ce que dans le cas

²⁴⁶ L'article 28 du Code Pénal Ivoirien de 1981 précise que : « tout individu qui, sciemment et sans équivoque, incite un tiers par l'un des moyens énumérés à l'article 27 (fourniture d'instructions ou d'instruments, aide ou assistance, provocation) à commettre un crime ou un délit, est puni comme auteur de ce crime ou délit, même si celui-ci n'a pas été tenté ou commis », in I. Freij-Dalloz, *Répression de la tentative de complicité, commentaire de l'article 28 du Code Pénal ivoirien*, RSC 1993, p.73.

²⁴⁷ Voir par exemple, article 221-5-1 du Code Pénal ou article 227-28-3 du Code Pénal.

²⁴⁸ L'article 24 du Code Pénal Suisse prévoit que « celui qui aura tenté de décider une personne à commettre un crime encourra la peine prévue pour la tentative de ce crime ».

²⁴⁹ Voir par exemple l'article 27 du Code Pénal Camerounais qui assimile à la complicité la tentative de complicité.

où la provocation n'a pas été suivie d'effet, il semble impératif de consacrer son autonomie. C'est par exemple le cas du Code Pénal Tchadien qui incrimine non seulement la provocation à un crime ou à un délit en punissant ce « provocateur des peines prévues pour l'infraction, quand bien même elle n'aurait pas été commise par l'abstention volontaire de celui qui devait la commettre »²⁵⁰.

Ainsi, au-delà de la seule consécration du provocateur pour les provocations formelles, il existe une consécration de manière générale et autonome du provocateur dans certains pays. Par exemple, le Code Portugais considère que l'auteur est « celui qui exécute lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers ou qui prend une part directe à son exécution par accord ou ensemble avec un autre (...) et aussi celui qui, intentionnellement, détermine un tiers à commettre une infraction lorsqu'il y a exécution ou commencement de l'exécution »²⁵¹. Il faut relever que bien que le Portugal ait érigé à titre autonome et de manière générale la responsabilité du provocateur en tant qu'auteur, pour autant, cette responsabilité ne pourra être engagée si la provocation n'a pas été suivie d'effet.

158. S'il y a une absence d'uniformité de la répression de la provocation en France, c'est qu'il n'existe pas non plus de cohérence sur le plan international de cette notion, et du statut qui doit être confié au provocateur. Ce qui fait dire à Jean Pradel, « tantôt la loi ne vise que l'auteur matériel et c'est la jurisprudence qui étend la qualification d'auteur à l'auteur médiat, tantôt la loi est assez vague en parlant de celui qui « commet » les faits, ce qui permet à la jurisprudence d'inclure l'auteur moral, tantôt enfin, la loi vise celui qui « commet ou fait commettre »²⁵², ce qui autorise très aisément la jurisprudence à inclure l'auteur médiat »²⁵³.

Il y a ainsi une pluralité de législations qui répriment différemment le provocateur. En France, la théorie de l'emprunt de criminalité en matière de complicité par provocation limite la répression du provocateur aux hypothèses où l'infraction est punissable et lorsque la provocation a été suivie d'effet. « D'autres droits au contraire excluent l'emprunt de criminalité à titre général et répriment l'instigateur même si le résultat ne s'est pas produit²⁵⁴, sauf à préciser l'existence de deux cas de figure. Tantôt l'instigation est réprimée, mais avec

²⁵⁰ V. Durand, Les tendances du droit pénal tchadien depuis l'indépendance, *Rec. pén.* 1973, p. 358 cité par I. Freij-Dalloz, op. cit., n°7.

²⁵¹ Article 26 du Code Pénal Portugais.

²⁵² Article 31 du Code Pénal Roumain : « le fait de déterminer intentionnellement une personne à accepter sans intention délictueuse un fait interdit par la loi pénale est une participation impropre ».

²⁵³ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, op. cit., n°217.

²⁵⁴ « En France, c'est R. Garraud qui, le premier, envisagea de dissocier la complicité de l'infraction principale : au système de l'unité d'action est substitué celui de la pluralité d'actions et le complice par instigation apparaît comme l'auteur d'une infraction autonome, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, III, 1916, éd. Sirey, Paris, n°881 in fine ».

atténuation de peine par rapport à celle prévue pour l'infraction (article 30-1 du Code Pénal allemand, article 24 du Code Pénal Suisse, article 134 bis du Code Pénal Néerlandais, article 23 du Code Pénal danois). Tantôt l'instigation est punie comme l'infraction elle-même : c'est le cas en Common Law (...) »²⁵⁵.

159. La jurisprudence anglaise admet un double élément en matière de provocation : un élément matériel (« le comportement inclut « le fait de persuader, de cajoler, de plaider, de corrompre, de menacer, et cela de façon expresse ou implicite »²⁵⁶) et un élément intentionnel (« le provocateur doit avoir l'intention que l'infraction suggérée soit commise, ce qui implique qu'il connaisse toutes les circonstances de cette infraction, y compris l'intention de l'exécutant à défaut de quoi il n'y a pas de provocation »). La jurisprudence anglaise est très rigoureuse sur l'élément intentionnel, le provocateur devant anticiper les réactions du provoqué pour qu'il y ait provocation. La doctrine canadienne quant à elle, précise « qu'il faut et qu'il suffit que l'accusé pose des actes qui sont de nature à induire une autre personne à commettre une infraction, même si cette autre personne résiste à la suggestion »²⁵⁷.

160. Comme il a pu être relevé tout long de cette brève étude sur les systèmes étrangers de répression de la provocation, il n'y a pas de réelle harmonie que ce soit du point de vue législatif ou jurisprudentiel. Certaines législations répriment le provocateur en tant qu'auteur, d'autres au titre de la complicité. D'autres législations répriment la provocation qu'elle soit ou non suivie d'effet, d'autres seulement si elle est suivie d'effet, etc. Chaque pays a sa propre conception et sa propre répression en matière de provocation, certains systèmes législatifs comme celui de la Côte d'Ivoire réprimant à titre autonome et de manière générale le provocateur. Il semble que le système français de répression spécifique de la provocation par le biais d'infractions autonomes fasse quelque peu exception face aux systèmes existants à l'étranger. Le système français semble être un mélange de toutes ces législations puisqu'il réprime la provocation au titre de la complicité mais aussi en tant qu'auteur juridique : il réprime également dans certaines hypothèses la provocation seulement si elle est suivie d'effet ; et dans d'autres, seulement si elle n'est pas suivie d'effet, parfois elle réprime la provocation qu'elle soit ou non suivie d'effet, etc.

²⁵⁵ J. Pradel, *Droit penal comparé*, op. cit., n°218.

²⁵⁶ « Affaire Invicta Plastics LTD c/Clare [1976], RTR 251 ».

²⁵⁷ « J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, 1982, p.314 ».

161. Toutefois, un congrès international de droit pénal datant de 1957²⁵⁸ avait mis en avant ce manque d'harmonisation sur le plan pénal au niveau international de la notion de participation, et avait établi un certain nombre de définitions considérées comme « acceptables » par la plupart des pénalistes. Ce congrès avait mis en avant un certain nombre de catégories qui leur paraissait souhaitable de retenir. En outre, sont distingués l'auteur²⁵⁹, les coauteurs²⁶⁰, l'auteur médiat²⁶¹, le complice²⁶², et enfin, l'instigateur. Ce dernier a été défini comme « celui qui détermine intentionnellement un auteur à commettre une infraction. Un commencement d'exécution de celle-ci est nécessaire pour que l'instigateur soit punissable. Toutefois, l'instigation non suivie d'effet peut faire l'objet d'une sanction en raison du caractère dangereux de l'infraction dans des conditions qu'il appartient à chaque système juridique d'établir »²⁶³. L'établissement d'une telle définition par le congrès permettrait une harmonisation sur le plan international de la notion de provocation. Toutefois, avant toute chose, il paraît nécessaire de se demander s'il est possible d'établir une incrimination générale de la provocation en France avant d'envisager une harmonisation commune sur le plan international (B).

B) *Vers une incrimination générale de la provocation en France ?*

162. La question d'une incrimination générale de la provocation en France n'est pas nouvelle. En effet, la consécration de la notion de provocateur, de manière indépendante et générale, a été abordée plusieurs fois, mais s'est toujours révélée être un échec (1). Toutefois, il faut se demander si au vu de l'évolution actuelle de la répression de la provocation, s'il ne serait pas envisageable de réprimer le provocateur de manière indépendante et générale, et si cela entraînerait des bouleversements importants en droit français (2).

1) L'échec du projet français

163. La France a toujours rejeté jusqu'ici de consacrer de manière pleinement autonome la notion d'auteur intellectuel en ce qui concerne le provocateur. Un avant-projet de loi de 1978

²⁵⁸ VIIe Congrès international de droit pénal – Athènes, 26 septembre – 2 octobre 1957.

²⁵⁹ « Celui qui, par son action, réalise les éléments constitutifs matériels et subjectifs de l'infraction ».

²⁶⁰ « Ceux qui réalisent ensemble des actes d'exécution dans l'intention commune de commettre l'infraction ».

²⁶¹ « Celui qui détermine à commettre une infraction un exécutant qui ne peut pas en être responsable ».

²⁶² « Stricto sensu, celui qui apporte à un auteur principal, dont l'intention délictueuse est arrêtée, une aide intentionnelle accessoire en vue de commettre l'infraction. Cette aide peut consister en un acte antérieur, simultané ou, s'il résulte d'un concert préalable, postérieur à l'infraction ».

²⁶³ VIIe Congrès international de droit pénal – Athènes, 26 septembre – 2 octobre 1957.

prévoyait de mettre en avant l'élément moral de l'infraction « en distinguant trois modes de participation criminelle, suivant que le délinquant était le bras, donc l'auteur matériel, le cerveau, donc l'auteur intellectuel, ou le collaborateur, donc le complice »²⁶⁴. Une autre tentative fut proposée en 1986 lors du projet de loi portant réforme du Code Pénal²⁶⁵.

Un article 121-6 du Code Pénal proposait la consécration législative de l'instigateur, « catégorie intermédiaire entre l'auteur et le complice »²⁶⁶. Cet article disposait qu'« est instigateur la personne qui, par don, promesse, ruse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir : 1°) sciemment fait commettre par un tiers les faits incriminés ; 2°) provoque directement un tiers à commettre un crime, lors même qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'instigateur, la provocation n'est pas suivie d'effet. L'instigateur de l'infraction est passible des mêmes peines que l'auteur de l'infraction ».

Mais ce projet de loi fut un échec : la commission des lois craignait que, en ce qui concerne la provocation non suivie d'effet, la preuve de cette provocation ne repose « uniquement sur les aveux du « spadassin » repentant »²⁶⁷. Pour M. Dreyfus-Schmidt, « cela ouvrirait la voie à toutes les dénonciations calomnieuses possibles, celui qui dénoncerait ne risquant rien puisqu'il n'aurait commis lui-même aucune infraction »²⁶⁸.

Toutefois, la portée de ces propos peut aujourd'hui être largement atténuée en raison des dispositions qui ont pu être adoptées au cours de ces dernières années comme l'article 221-5-1 du Code Pénal qui « érige en action morale ce qui ne correspond à aucune infraction mais il reste dans la relativité, pour affecter seulement les deux qualifications visées »²⁶⁹. C'est également l'hypothèse de l'article 227-28-3 du Code Pénal introduit par la loi du 4 avril 2006²⁷⁰ qui prévoit, dans les mêmes termes, une incrimination de provocation contre les mineurs concernant certains délits.

164. De plus, comme l'ont relevé Messieurs Desportes et Le Guehec, une telle inquiétude des parlementaires n'était pas justifiée « car le texte avait été complété afin de préciser les éléments de la provocation (don, promesse, menace, etc.). Au surplus, elle témoignait d'une surprenante méfiance envers les juridictions pénales. Celles-ci auraient bien évidemment relaxé le prétendu instigateur, dans l'hypothèse où la preuve de la provocation

²⁶⁴ Rapport du Sénat (1988-1989), JO Sénat, 11 mai 1989, p.634 et suivantes.

²⁶⁵ Projet de loi n°300 déposé par décret du 19 février 1986.

²⁶⁶ F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n°553.

²⁶⁷ Rapport du Sénat (1988-1989), JO Sénat, 11 mai 1989, p.634 et suivantes.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 3^e édition, n°378 et s.

²⁷⁰ Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

n'aurait pas été rapportée par d'autres éléments que les déclarations peut-être mensongères de l'homme de main repenti »²⁷¹. Beaucoup d'auteurs regrettent que ce projet d'incrimination de manière générale de la provocation en France n'ait pas vu le jour²⁷². Et ce, d'autant plus au vu des arguments exposés par les parlementaires et de l'évolution actuelle de la répression de la provocation à titre spécifique dans la partie spéciale du Code Pénal – et notamment de l'existence d'une répression à l'encontre des infractions de provocation non suivies d'effet.

165. C'est pourquoi, il s'agit de se demander si l'on mettrait en place une incrimination générale de la provocation - comme par exemple, une incrimination comme celle avancée par les parlementaires en 1986 – cela entrainerait-il d'importants bouleversements dans la répression de la provocation en France ? Les arguments avancés en 1986 pour refuser la création d'une infraction générale de provocation peuvent-ils toujours être maintenus en 2013 ?

2) Des bouleversements importants par la création d'une infraction générale de provocation ?

166. La mise en place d'une répression générale du provocateur est-elle possible ? A l'heure actuelle, il a pu être noté qu'en matière de provocation, le législateur est assez hétérogène dans sa répression. Pour autant, comme nous avons pu le relever, des harmonisations pourraient être réalisées. Celles-ci n'entraineraient pas de bouleversements trop importants dans la mesure où cela ne ferait que reprendre ce qui existe déjà et à limiter le superflu : une incrimination générale qui permettrait enfin une harmonisation, tout d'abord du point de vue terminologique. Le législateur pourrait s'inspirer du projet proposé en 1986 qui pourrait être facilement applicable aujourd'hui : cela permettrait de réprimer de manière générale la provocation suivie d'effet et, pour les crimes, la provocation non suivie d'effet. La partie spéciale du Code Pénal serait conservée uniquement pour les provocations à des comportements licites qui ont été suivies d'effet. De même, la nécessité de la préservation des infractions de provocations publiques telles qu'elles sont prévues par les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 semblent devoir être maintenues, et ce, d'autant plus de l'évolution des médias, d'internet et de l'échange d'informations tant au niveau national qu'international.

²⁷¹ F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n°553.

²⁷² Ibid.

167. Cela permettrait de garder une certaine cohérence, que ce soit du point de vue du droit commun que de la partie spéciale du Code Pénal. De plus, cela permettrait une plus grande uniformisation par rapport au système actuel qui multiplie à l'infini les exceptions à l'article 121-7 du Code Pénal par le biais d'incriminations spécifiques, multiplication qui n'est pas toujours réellement justifiée en raison notamment des conflits de qualifications que cela pourrait entraîner.

168. De plus, par la création d'une incrimination générale réprimant le provocateur, se pose le problème de la détermination du moment à partir duquel une action de provoquer pourra être considéré comme punissable. Comme l'a souligné S. Martin-Valente, « toute la difficulté consiste à déterminer le seuil à partir duquel on pourra considérer que l'intention de faire commettre l'infraction s'est suffisamment manifestée pour que la répression puisse intervenir ». Toutefois, il faut relever que le législateur pourrait s'inspirer de ce qui existe déjà en matière de répression de la provocation en tant qu'infraction autonome. En effet, il a déjà pu déterminer un seuil pour que la répression puisse intervenir en exigeant généralement la présence d'admicules, ou, tout du moins, un minimum de consistance matérielle à la provocation.

Toutefois, en matière d'infractions de provocation par des moyens publics, le seuil de répression est plus difficile à déterminer, en raison de la nécessaire conciliation avec le droit à la liberté d'expression. En effet, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a pu considérer que la liberté d'expression doit s'exercer pleinement, même si les propos qui peuvent être tenus risquent de « heurter, choquer ou inquiéter » autrui « lorsqu'ils comportent une certaine dose d'exagération ou de provocation »²⁷³.

169. La création d'une infraction générale de provocation dans le Code Pénal n'entraînerait pas en soi de véritables bouleversements dans la législation pénale actuelle, puisqu'elle ne ferait qu'harmoniser ce qui existe déjà en matière de provocation, et surtout, en le rendant plus lisible et plus accessible aux citoyens, conformément au principe de la légalité criminelle.

²⁷³ CEDH, 24 février 1997, Haes et Gijssels c/Belgique n°19983/92

Bibliographie

Ouvrages généraux, manuels :

- **AUBRY et RAU,**
Droit civil français, 7^e édition, tome 6 par A. Ponsard et N. Dejean de la Batié, Lib. Tech, 1975, §444 ter, n°388.
- **P. CANIN,**
Droit pénal général, Hachette, 5^e édition, 2009-2010.
- **F. DESPORTES ET F. LE GUNEHEC,**
Droit privé général, Economica, corpus droit privé, 16^e édition.
- **R. GASSIN,**
Criminologie, Dalloz, 4^e édition, 1998.
- **Y. MAYAUD,**
Droit pénal général, PUF, 3^e édition.
- **R. MERLE et A. VITU,**
Traité de droit criminel, Tome I, Cujas, 7^e édition.
- **J. PRADEL,**
 - *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2^e édition, 2002.
 - *Droit pénal général*, Cujas, 17^e édition.
- **M.-L. RASSAT,**
Droit pénal général, Ellipses, 2^e édition.
- **J.-H. ROBERT,**
Droit pénal général, PUF, 6^e édition refondue.

Ouvrages spécialisés :

- **F. BOULAN,**
La provocation, Problèmes actuels de science criminelle, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1989
- **D. PORTOLANO,**
Essai d'une théorie générale de la provocation, Bibliothèque des sciences criminelles tome 53, LGDJ.
- **F. ROUSSEAU,**
L'imputation dans la responsabilité pénale, texte remanié de thèse, Dalloz, 2009.

Thèses, mémoires :

- **J. DUPUY**
La provocation en droit pénal, thèse Limoges, 1978.
- **M. GOZDZIASZEC-CARLIER**,
Les infractions autonomes de provocation, DEA, Université de Montesquieu, 2002-2003.
- **S. MARTIN-VALENTE**,
La provocation en droit pénal, Thèse Paris XI, mai 2002.

Articles

- **H. ANGEVIN**,
 - *Provocation au suicide*, Jurisclasseur, Fascicule n°20.
 - *Provocation non suivie d'effet à commettre certaines infractions à l'encontre d'un mineur*, Jurisclasseur, Fascicule n°20.
- **F. ARCHER**,
Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux, Jurisclasseur, Fascicule n°20.
- **M. BENILLOUCHE**,
La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction – Plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité, RSC 2005, p.529 et s.
- **J. BIGUENET**,
De la nécessité d'opérer une distinction entre complicité et instigation, Revue Droit Pénal n°6, juin 2001, chronique 25.
- **A. COEURET**,
La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié ? Les propositions « Espace judiciaire européen » confrontées à la situation en France, RSC 1997, p.295.
- **B. DE LAMY**,
La provocation verbale, constitutive de complicité, Recueil Dalloz 2004, p.311.
- **F. DEFFERARD**,
La provocation, RSC 2002, p.233.
- **J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE**,
 - *Le délit d'association de malfaiteurs (art. 450-1 C. pén.) : la découverte bien*

- tardive d'une qualification permettant de sanctionner pénalement des comportements jusqu'ici non punissables au titre de la tentative, de la complicité ou de la provocation non suivie d'effets (Crim., 30 avril 1996, aff. Delaplace, Bull. crim., n° 176), RSC 1997, p.113.*
- *Chronique de jurisprudence, RSC 1997, p.116.*
- **J.-P. DOUCET,**
La loi pénale, Gazette du Palais, 1986, p.297.
- **E. DREYER,**
- *Provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence, Jurisclasseur, Fascicule n°20.*
 - *Un an de droit européen en matière pénale, Droit Pénal n°4, Avril 2010, chronique n°3.*
- **S. FOURNIER,**
Le Nouveau Code Pénal et le droit de la complicité, RSC 1995, p.475
- **J. FRANCILLON,**
- *Publicité ou propagande en faveur de moyens préconisés pour se donner la mort. Conflit entre le droit à la vie et la liberté d'information. Responsabilité pénale du directeur de publication, RSC 2002, p.615.*
 - *De quelques cas de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence. Caractérisation des infractions et limites de la liberté d'expression, RSC 2012, p.610.*
- **I. FREIJ-DALLOZ,**
Répression de la tentative de complicité, commentaire de l'article 28 du Code Pénal ivoirien, RSC 1993, p.73.
- **J.-Y. LASSALLE,**
Provocation, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mars 2003
- **Y. MAYAUD,**
Subornation de témoin, Jurisclasseur, Fasc. n°20.
- **A. MESZAROS,**
La complicité en droit pénal hongrois, RSC 2005, p.265.
- **A. PONSEILLE,**
L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code Pénal issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, Revue Droit Pénal n°9, Septembre 2004, étude 10, n°14.

- **J. PRADEL,**
 - *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code Pénal*, JCP 1952, p.1034.
 - *Le nouveau Code Pénal (Partie générale)*, Recueil Dalloz 1993, p.163.
 - *Procédure Pénale*, Recueil Dalloz 2008, p.2757.

- **F. ROUSSEAU,**
Complice ou auteur indirect d'une infraction non intentionnelle ?, Droit Pénal n°7, Juillet 2007, étude 11.

- **P. SALVAGE,**
 - *Complicité*, Jurisclasseur, Fascicule n°20.
 - *La loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 – Retour vers l'imprudence pénale*, JCP Général, 20 décembre 2000, n°51, I 281

- **P. SPITERI,**
L'infraction formelle, RSC 1996, p.497 et s.

- **J.-B. THIERRY,**
Presse et communication. – Provocation aux crimes et délits, Jurisclasseur, Fascicule n°60.

- **M. VERON,**
Que faut-il entendre par « apologie », Revue Droit Pénal, septembre 2009, n°9 comm.104.

- **J.-P. VIAL,**
Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier !, AJ Pénal 2012, p.84.

- **A. VITU,**
Atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. Trahison et espionnage, Jurisclasseur, Fascicule unique.

Colloque :

- **F. ROUSSEAU,**
L'utilité des infractions de presse incriminées par la loi du 29 juillet 1881, contribution au Colloque « Droit pénal et droit de la presse : faut-il maintenir les spécificités de la loi du 29 juillet 1881 ? », in les Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux: Cujas, 2011, vol. n° 1, p. 121

Autres références :

1) Rapports, compte-rendu

- Rapport du VIIe Congrès international de droit pénal – Athènes, 26 septembre – 2 octobre 1957.
- Rapport Dailly n°359 (1982-1983), *proposition de loi tendant à réprimer l'incitation et l'aide au suicide*.
- Rapport du Sénat, R. Badinter garde des Sceaux, JO Sénat, 9 juin 1983, p.1522.
- Rapport du Sénat (1988-1989), JO Sénat, 11 mai 1989, p.634 et suivantes.
- Rapport de l'Assemblée Nationale (1989-1990), JO Assemblée Nationale, 11 octobre 1989, p.3419 et suivantes.

2) Sites internet

- Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
www.cnrtl.fr
Consulté le 3 mai 2013.
- Dictionnaires de droit criminel par J.-P. DOUCET
<http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm>
Consulté le 24 mai 2013.
- Le Monde, Actualités à la une
<http://www.lemonde.fr/>
Consulté le 4 avril 2013.
- Legifrance, Le service public de la diffusion du droit
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
Consulté le 5 mai 2013.

3) Autres

- **B. PIVOT**,
Le métier de lire, Gallimard, 1990.
- **G. CORNU**,
Vocabulaire juridique, PUF, 9^e édition
- *Le Littré, Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1877.

Table des matières

Sommaire	4
Introduction	5
Chapitre 1 – Les éléments de divergence des infractions autonomes de provocation	16
Section 1 – Des divergences tenant au comportement du provocateur	16
§1 Hétérogénéité rédactionnelle dans l’incrimination du comportement du provocateur	17
A) La provocation nommée : différents noms pour réprimer la provocation	17
1) Des différences terminologiques de qualification de l’action de provoquer ..	17
2) Des différences terminologiques de qualification du provocateur	20
B) La provocation innommée : l’utilisation de termes différents pour réprimer la provocation	23
§2 Hétérogénéité dans les éléments matériels requis pour les infractions de provocation	26
A) Une disparité dans l’exigence ou non d’admicules pour constituer la provocation	27
B) Une diversité des exigences sur le caractère direct des provocations	29
1) La diversité des destinataires de la provocation	30
2) L’absence d’uniformité sur la certitude causale de l’acte provocateur	32
Section 2 – Des divergences tenant au résultat de l’acte de provocation	34
§1 Les différences quant à l’exigence d’un résultat dommageable.....	35
A) Des différences quant à l’existence d’un effet redouté selon les infractions de provocation	35
1) Caractère alternatif de l’exigence d’un effet à la provocation.....	35
2) Caractère dual des provocations	39
a) Des provocations duales explicites	39
b) Des provocations duales implicites.....	41
B) La montée des conflits de qualifications	41
§2 Des différences quant à la consistance de l’effet de la provocation.....	45
A) Les provocations à des comportements non incriminés	45
B) L’hétérogénéité des valeurs protégées par la répression de la provocation....	48
Chapitre 2 – Les éléments de convergence des infractions autonomes de provocation	52
Section 1 : Des éléments communs aux infractions autonomes de provocation	52

§1 La technique d’incrimination : des éléments objectifs communs aux infractions autonomes de provocation.....	52
A) Un mode d’incrimination commun.....	53
B) Un rôle certain et actif des actes de provocations.....	56
1) La certitude du potentiel causal des actes de provocation	56
2) La commission d’un acte positif par le provocateur.....	59
§2 Des éléments subjectifs communs aux infractions de provocation.....	60
A) Le caractère intentionnel des infractions autonomes de provocation.....	60
B) L’interaction de la volonté du provocateur avec au moins un destinataire	64
Section 2 : De l’unification des infractions de provocation à l’incrimination générale de la provocation ?	66
§1 Des convergences sous-jacentes aux infractions autonomes de provocation.....	67
A) La nécessité de réduire le champ d’intervention des infractions autonomes de provocation	67
1) La remise en cause des infractions à caractère public	67
2) La remise en cause des infractions de provocation suivies d’effet.....	69
B) La nécessité d’une limitation à la prolifération législative en matière de provocation	72
§2 Des éléments de convergence pouvant mener à une incrimination générale de la provocation.....	75
A) L’existence d’incriminations générales de la provocation à l’étranger	75
B) Vers une incrimination générale de la provocation en France ?.....	78
1) L’échec du projet français	78
2) Des bouleversements importants par la création d’une infraction générale de provocation ?	80
Bibliographie.....	82
Table des matières.....	87